DRITTO CIVILE SPIEGATO

SULLE

DONAZIONI TRA VIVI

E SU'

TESTAMENTI

Digitized by Google

SULLE

DONAZIONI TRA VIVI E SU' TESTAMENTI

COMENTI

DEL TIT. II. DEL LIB. III. DEL COD. CIV.

DI

TROPLONG

PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE DI FRANCIA, MEMBRO DELL'ISTITUTO,
UFFIZIALE DELLA LEGION D'ONORE

RECATI IN ITALIANO ED ANNOTATI

DALL'AVVOCATO

DOMENICO VALENTE

NAPOLI
STABILIMENTO TIPOGRAFICO BATELLI
Salita Magnocavallo n° 66, p. p.
1855

Digitized by Google

PREFAZIONE

« *In publicis nihil est lege gravius; in privatis*
« *firmissimum sit testamentum.* »
(Cic. Filipp. 2, 12).

Se il dritto civile non fosse che una scienza di testo, avrebbe molto minore allettativa per le menti filosofiche; attesochè l'esegesi, necessaria senza dubbio, non ne è però che la parte più arida e più angusta; e di lunga mano la lascia dietro di sè l'investigazione delle verità naturali, su cui poggiano le private relazioni dell'uomo, le sue obbligazioni e i suoi diritti di famiglia e di proprietà. In questa sfera il dritto civile si mostra come un raggio divino che brilla o s'offusca nell'umanità a seconda che va lo incivilimento. In essa tu vedi svilupparsi come una delle forme della libertà morale che si esercita in ciò che l'uomo à di più caro, di più personale e di più sacro.

Non tutte però le parti della scienza si prestano egualmente a quest'importante connubio della scienza e de' testi; altre tengonsi più lontane, altre meno, dalle sublimi regioni, cui è affisso il primo anello della catena del dritto. Ma il dritto di testare, questo dritto di una volontà mortale che detta leggi da eseguirsi al di là della vita, ci trasporta colassù tanto naturalmente, che Leibnitz lo faceva derivare dall'immortalità dell'anima (1). Senz'andar tant'oltre, basta che il testamento si porga come un privilegio della libertà privata e come una giurisdizione del proprietario e del padre di famiglia per condur l'intelletto nelle vie più alte della giurisprudenza.

Nel nostro piccolo *Trattato della Proprietà secondo il Codice Napoleone* noi dicevamo, essere il testamento il trionfo della libertà nel dritto civile (2). E sì che il testamento è del tutto connesso alla sorte della libertà civile, ostacolato od oppugnato, quando quella è male adagiata, rispettato quando quella à nella società il posto che le si appartiene. Essendo la proprietà la legittima conquista della libertà dell'uomo sulla materia, e il testamento la più energica espressione della libertà del proprietario, ne segue tanto essere il testamento in quanto è la libertà civile in uno Stato. L'istoria prova che, ogni qual volta la libertà civile è perduta o periclitante, la proprietà e per conseguenza il testamento son sacrificati a combinazioni tirannesche.

Si è fatto un gran dire, e sempre con ragione, che la Francia è tenera dell'uguaglianza; ma non si è notato sufficientemente quanto è tenera della libertà civile. Di fermo l'istoria del terzo stato è nella massima parte una lunga lotta per la libertà civile, coronata dal Codice Napoleone.

(1) *Meth. nov. discendae Jurispr.*, p. 1, § 20. *Infra* n. 13.

(2) Cap. 31.

Se la feudalità à lasciato fra le popolazioni tante reminiscenze odiose, gli è appunto a causa delle sue pretensioni sulle persone, sulle terre e sugli atti e le transazioni della vita civile. Il movimento comunale del XII secolo emancipò le persone nell'ordine civile; il movimento dell'89, che in ogni cosa prodigò la libertà, emancipò le terre. Allora potè elevarsi il Codice Napoleone per costituire, nella misura che dettava la prudenza, la sovranità del cittadino francese sopra sè medesimo e sopra la sua proprietà, e pertanto la sovranità del suo volere per disporre dei suoi beni. Con ciò il Francese fu messo in possesso d'uno de' dritti più cari all'indole sua e alla sua natura. Il Francese, infatti, à nelle vene un sangue che gli rammenta sì la libertà del *civis romanus* e sì l'indipendenza individuale del signore feudatario. In grazia dell'eguaglianza delle condizioni conquistata nell'89, ciascuno si sente in casa sua *suzerain* per dritto di nascita, nè più nè meno che l'antico e nobile possessore dei franchi allodi; ciascuno porta alto il suo scettro domestico al pari del fiero Romano, nella persona del quale la legge delle Dodici Tavole aveva consacrata la potestà del *pater familias*; di guisa che il più umile come il più eccelso à la pretensione di non dipendere che da Dio in quanto alla sua famiglia e al suo bene, e salvo la legge e il dritto altrui. Ei non v'à fra noi sentimento più di questo intimo e profondo. No àn fatto prova i governi o i sistemi politici che l'àn tenuto in nonnulla, volendolo subordinare all'ingerenza e alla dominazione dello Stato; conciossiachè si son renduti impopolari odiosi e incompatibili, secondo che abbiam visto in questi ultimi tempi. Volentieri la Francia transigo alcuna volta sul capitolo della libertà politica, nell'interesse dell'ordine; ma ella è inflessibile, allorchè trattasi di menomare quella libertà civile che è la libertà essenziale, fondamentale e inalienabile.

Ciò posto, e vero essendo che il testamento è il segno più apparíscente della proprietà libera e dell'autorità della volontà individuale; non è da far le maraviglie che tenga tanta parte nel Codice Napoleone; merececchè questo codice è il fondamento della nostra libertà civile; esso à dato a'dritti privati e a questa libertà del padre di famiglia e del proprietario il più ampio svolgimento; à preferito da per ogni dove ed à fatto prevalere le combinazioni più liberali. Indarno cerchereste un dritto più spiritualista, più libero dall'impero delle forme materiali, dall'intervento usurpatore dello Stato, dalle abusive pretensioni dell'interesse collettivo sull'interesse individuale, di quel che è in una legislazione, la quale, a dir tutto in poco, assicura alla sola parola dell'uomo la potestà di trasferire a titolo oneroso la proprietà, e ad un semplice scritto olografo il dritto di disporne oltre la tomba.

Io mi farò a dimostrare più innanzi (1) la legittimità del dritto di testare, considerandolo come un degli attributi naturali della libertà civile; qui voglio stabilire che il dritto di testare nelle sue manifestazioni istoriche più salienti è sempre andato di pari passo con le vicende della libertà civile, e che à seguito l'esplicamento o la decadenza di quella. Libertà civile, proprietà e testamento son tre termini connessi, de' quali gli ultimi due s'oscurano quando è velato il primo.

In Oriente, ove un'inflessibile unità inceppava il libero moversi dell'umana personalità, ove la famiglia era nello Stato e lo Stato nel Principe, colà un sol proprietario vi era, perchè non v'era che un essere libero, lo Stato o il Principe: lo Stato aveva il dominio eminente della terra; l'uomo la possedeva in virtù d'una concessione (2).

Codesto si vede, a mo' d'esempio, nella monarchia assira, il cui re era arbitro della vita e della proprietà de' suoi sudditi, e questi non erano che semplici concessionarî, i quali pagavano allo Stato un canone perpetuo (3). Questo potere dispotico è descritto in questi termini dal profeta Daniele: « Il re facea morire quelli che voleva; distruggeva quelli che a lui piacova; sublimava o inabissava gli uni o gli altri, secondo la sua volontà (4). » Perciò Nabucco, bramando la spiegazione d'un sogno ond'era tormentato, fe' venire a sè gli astrologi caldei e lor disse: « Se non mi dite che significa il mio sogno, perirete tutti, e le vostre case saranno confiscate (5). »

Il medesimo carattere si produce ne' reamî della Siria. I fondi patrimoniali altro non erano che un usufrutto lasciato dalla volontà del sovrano (6). Quando gli Ebrei, i quali fra' popoli siri sono i meglio conosciuti e i più degni di nota, chiesero a Samuele che loro desse un re in cambio de' giudici, del cui governo erano malcontenti, Samuele, volendo prevenir questo cambiamento che doveva togliere il potere ai suoi figli, rammentò al popolo i dritti inerenti alla regalità qual era compresa e praticata allora appo le popolazioni assire. Ei disse loro: « Ecco qual sarà il dritto del re che vi governerà.

« Egli si prenderà i vostri figliuoli perchè guidino i suoi carri; . . . farà di loro i suoi uffiziali; si prenderà gli uni per coltivar i suoi campi e mieter le sue biade, gli altri per fargli armi o vetture.

« Delle vostre figlie farà le sue profumiere, le sue cuciniere e le sue panattiere.

« Si prenderà eziandio ciò che vi sarà di meglio ne'vostri campi, nelle vostre vigne e ne' vostri oliveti, e darallo ai suoi servitori.

« Vi farà pagare la decima del vostro frumento e del reddito de' vostri vigneti, per avere onde guiderdonare i suoi eunuchi e i suoi uffiziali.

« Si prenderà i vostri servitori, le vostre serve, e i giovani più aitanti, insieme a'vostri asini, o li farà lavorare per lui.

« Si prenderà altresì la decima de' vostri bestiami, e voi sarete i suoi servitori.

« Voi allora leverete lamento contro il vostro re da voi stessi eletto, e il Signore punto non v' esaudirà, perchè l' avrete voi domandato. »

Ma il popolo restò sordo a questo discorso di

(1) T. I, ni 12 e s.
(2) Il mio trattato *della Proprietà*, c. 13.
(3) Pastoret, *Ist. della Legisl.*, t. I, p. 111.
(4) Daniel, V, 19.
(5) Daniel, II, 5, 12, 13.
(6) Pastoret, t. I, p. 339.

Samuele : « No ! vogliamo avere un re che ci governi (1). »

Ed ebbero Saule, Davide, Salomone ecc. ecc.

Un regime siffatto spiega le immense ricchezze che, in un paese povero, aveano accumulate Davide e Salomone (2) e che servirono alla costruzione del tempio di Gerusalemme.

La proprietà appo i Siri e gli Ebrei stava dunque ne'legami d'une stretta dipendenza. Soffermiamoci alla legislazione di questi ultimi, dappoichè la ci è pervenuta con documenti completi, e può inoltre considerarsi come la più equa fra tutte quelle dell'Oriente.

Il legislatore degli Ebrei, Mosè, avea fatta una divisione delle terre (3), la quale era stata perfezionata da Giosuè (4), e perchè, malgrado le naturali disuguaglianze risultanti dall'economia, dal lavoro e dal numero de' figli si conservasse al possibile l'equilibrio, Mosè volle che al tempo del giubileo ciascuno potesse, mediante un riscatto, rientrar nella proprietà delle terre che aveva alienato (5). La terra era inalienabile a perpetuità (6), secondo che avea dichiarato Iddio al popolo per bocca di Mosè : « La terra è mia, e voi siete come stranieri, cui io la do in fitto. » .

Un sì energico principio teocratico non lasciava punto luogo all'esercizio del testamento. La successione *ab intestato* era stato organata con mire politiche altamente qualificate, siccome è agevole convincersi da questa sola circostanza, che i figli maschi ereditavano, escludendo le femmine (7), e che fra essi il primogenito avea una parte privilegiata nel retaggio paterno (8). Il principio che informava la legislazione era la conservazione de'beni nelle famiglie e la perpetuità de' retaggi ; *et hereditario jure transmittetis ad posteros, ac possidebitis in aeternum* (9). « Cotalchè non era punto possibile di permettere alla volontà del padre di famiglia di sturbar queste combinazioni d'un ordine superiore. Quegli che non potea vendere liberamente, molto meno poteva disporre da legislatore di un patrimonio talmente avviluppato nella rete del dritto divino e del dritto politico. Epperò ne' libri santi, da Mosè in poi, niun vestigio s' incontra di disposizioni testamentarie.

Vero è che, prima di Mosè, si scorgono nelle antichità ebraiche delle tracce del potere testamentario (10). Abramo disperando d'aver figli, dice a Dio, che gli era apparso, ch'egli à concepito il disegno d'aver per erede (*haeres*) Damasco, figlio di Eliezer, intendente della sua casa (11), benchè avesse il nipote Loth che abitava Sodoma e de' parenti al di là dell'Eufrate. Poco stante, quando la predizione divina si fu avverata ed egli ebbe avuto Isacco di Sara ed altri figliuoli d'altre mogli, lo veggiam fare una divisione fra loro, dare a questi ultimi de' semplici doni e assicurare ad Isacco tutto ciò che possedeva (12). Da ultimo Giacobbe diede al figliuolo suo prediletto, più che a' fratelli, una terra che avea comprata nel paese di Canaan (13) e che gli era stato mestieri riconquistar poscia sogli Amorrei con la sua spada e col suo arco (14). Ma notiamolo bene, dalla potestà teocratico-paterna, ond' eran rivestiti i patriarchi, derivava massimamente questo dritto di disposizione ; il padre in punto di morte benedicева i suoi figli, e le supreme parole di lui venivano ascoltate come voce divina (15). Sarebbe dunque impossibile trovar una forma precise del dritto civile in questi atti domestici de'patriarchi, i quali andavano ad attinger loro ispirazioni nel sen di Dio ed erano le sue immagini sopra la terra. La loro vita pastorale (16), d'altronde le loro migrazioni, la loro qualità di stranieri sulla terra di Canaan e d'Egitto (17), la natura mobiliare della principal loro ricchezza (18), tutte queste cose s' accordavano per dare alla loro sovranità interna un' estensione senza limiti.

Ma ciò muta con Mosè. Questo gran legislatore avea dato al suo popolo una patria e delle istituzioni ; aveva organata la famiglia, la proprietà territoriale, la successione sopra basi sistematiche. Tutto era stato concepito con un fine di stabilità, per preparare il popolo di Dio ai grandi destini che l'avvenire gli riserbava. Ei non facea punto d'uopo che venisse a interporsi le volontà dell'uomo in quelle combinazioni dettate dalla divina Sapienza; chè sarebbe stato un mescolar il profano col sacro diritto.

Laonde non si può vedere un indizio del testamento in queste parole d'Isaia ad Ezechia infermo : *Haec dixit Dominus : dispone domus tuae, quia morieris et non vives* (19). Questo luogo non può intendersi se non delle benedizioni che il padre dava a' suoi figli in morendo, e del giuramento che facea loro prestare per la sua sepoltura (20).

Molto dipoi, però, siffatta inflessibilità della legge subì delle alterazioni, e i magistrati ammisero con grandi restrizioni il dritto di fare un testamento (21). Sennonchè qual differenza da questo dritto a quel de'Romani e al nostro!! Non era dato testare che sul letto di morte (22), e

(1) *Re*, lib. I, VIII, II e s. V. pure *Paralipomeni*, lib. I, XXVII, 25 e s. ; Pastoret. III, p. 109, 113.

(2) *Dissert. sulle ricchezze di Davide*, per Calmet, (Bibbia di Rondet, 4ª ed., t. VI, p. 645)

(3) *Numeri*, XXVI, 53, 54, 55. Salvador, t. I. p. 258.

(4) Giosuè, XVIII, I, 4, 9 ; XIX, 8, 9 ; XIII ; XX ; XXI.

(5) Levitico, XXV, 10, 11, 13. Pastoret, III, p. 445. Salvator, t. I, p. 246.

(6) « *Terra non vendetur in perpetuum, quia mea est, et vos advenae et coloni mei estis.* » (Levit. XXV, 23).

(7) *Numeri*, XXVII, 8, 11.

(8) *Deuter.* XXI, 15, 17.

(9) *Levit.* XXV, 46.

(10) Pastoret, t. I, p. 393.

(11) *Genesi*, XV, 2, 3.

(12) *Genesi*, XXV, 5, 6.

(13) *Id.* XXXIII, 18, 19.

(14) *Id.* XLVIII, 22.

(15) V. la benedizione d'Isacco a Giacobbe (Gen. XXVII ecc.) e di Giacobbe a' suoi figliuoli (*ivi* XLVIII, 20 e XLIX, 1 e s.).

(16) *Genesi*, XIII, 6, 7. Bossuet, *Ist. univ.*, p. 15.

(17) San Paolo, *ad Hebraeos*, XI, 9.

(18) *Genesi*, XIII, 5, 16; XIII, 2, 5 e 6.

(19) Isaia, XLVIII, 1.

(20) Eineccio, *De test. fact. jure german.*, § 6.

(21) Eineccio, *ivi*.

(22) Giuseppe, *Antic. giud.*, XVII, XI. Seldeno, *De succ. ad leg. Haebr.*, § 24. Eineccio, *ivi*.

Digitized by Google

non mai in istalo di sanità; l'individuo che te-stava non poteva turbar la successione de' suoi parenti (1); tutto che era permesso al testatore si era di scegliere fra' suoi figli quello cui voleva favorire e d'investirlo all'istante della propria porzione, istituendolo curatore della porzione de'suoi fratelli (2).

Ma, innanzi di favellar degli Ebrei, avrei dovuto occuparmi degli Egizi, stantechè questi andarono di frequente ad attingere in Egitto delle nozioni di civiltà e di governo, ed Abramo e Giacobbe visitarono o abitarono quella contrada; e Giuseppe l'amministrò; e dopo l'uscita dall'Egitto diè Mosè le suo leggi al popolo di Dio, istrutto ch'egli era nella sapienza degli Egizi. L'Egitto, cho Bossuet chiama il più savio fra gl'imperi (3), moritava forse questo titolo prima di Mosè; ma la nazione ebrea fu vieppiù savia, allorchè ebbe ricevuto dal suo legislatore un corpo di leggi scritte dal dito d'un Dio unico e infinito.

L'Egitto era una monarchia teocratica divisa in caste. La prima casta era quella de'sacerdoti che facean parlare gl'iddii; la seconda quella de' guerrieri che ponean la forza al servigio della religione e della politica; la terza quella del popolo, ripartito in mestieri, e che, curvo sotto il giogo delle più grossolane superstizioni, lavorava la terra, attendeva alla pastura e alle arti e nulla possedeva in proprio. La terra era divisa in tre parti: la prima apparteneva alla casta ereditaria de' sacerdoti; la seconda al re; la terza alla casta ereditaria de' guerrieri (4). Gli agricoltori lavoravano queste tre parti in qualità di coloni temporanei (5); ed ancorchè si ammettesse che il re avesse fatte delle distribuzioni, come c'insegna il Genesi (6), coteste distribuzioni, avendo per onere un canone del quinto, non sarebbero riuscite che ad un colonato ereditario invece che a tempo (7). Il fondo delle istituzioni dell'Egitto era l'immobilità, con un'attività non mezzanamente vigorosa nel campo delle scienze, delle arti e del lavoro individuale. Ciascuno restava ereditariamente collegato alla sua casta (8); le professioni di padre in figlio si trasmettevano, e non si poteva nè averne due nè cambiarla (9). L'uomo era, starei per dire, inchiodato nella casta, in cui la sorte l'avea fatto nascere. Il movimento non gli era mica interdetto; ma non gli era già conceduto il progresso.

Non dal seno di una tale immobilità potè venir fuori e manifestarsi il testamento. Nulla c'insegna l'istoria che ne riveli la prova dell'esistenza di quello, e noi siam fra coloro, i quali credono, senz'aver altre prove, che esso fu ignoto agli Egizi (10).

Quando entriam nella Grecia, la nostra respirazione è per così dire più libera, chè colà è principio la libertà dell'uomo nella città e la bellezza della forma nell'arte; colà prende l'incivilimento novella sembianza e sciogle ardito volo il genio europeo.

Ma troppo prossima era la Grecia alla Fenicia o all'Egitto, e non potea di fermo non ricevere i riflessi dello spirito orientale. Delle colonie venute dall'est v'avean recato degli iddii, de' legislatori e i rudimenti delle arti; e, sebbene l'originalità delle greche popolazioni avesso trasformate le istituzioni di cui le dotavano quegli stranieri, comunque il sentimento della libera personalità avesse sviluppato in esse l'importanza e la dignità dell'individuo; non potè mai la Grecia frangere dell'intutto il suo involucro orientale. Lo Stato conservò sull'uomo privato de' dritti eccessivi, il cittadino greco, il quale ebbe certamente troppa libertà per far delle rivoluzioni, si trovava asservito, allorchè dal dominio della politica facea passaggio in quello della famiglia e della proprietà. Omero aveva enumerati i re che comandavano alla Grecia e a' suoi prodi soldati nel tempo della guerra di Troia. Due secoli dopo, non ve n'era quasi più nessuno; quelle dinastie progenie di dei eran cadute sotto i colpi d'ambizione aristocrazie o di turbolenti democrazie. Ma in quel medesimo che la libertà politica, spinta all'eccesso, lasciava l'esistenza de'governi in balìa alle passioni, una tirannide domestica gravitava sulla proprietà, sull'educazione, sulle relazioni di famiglia; e questa tirannide dallo Stato veniva esercitata. La lettura della *Politica* d'Aristotile è sotto questo rapporto assai curiosa. Noi vi vediamo lo Stato arbitro dell'educazione (11), regolare l'allimento, l'igiene, la passeggiata della donna incinta (12) ecc. Si ordinano de' banchetti in comune (13); si decreta l'uguaglianza delle ricchezze (14); si vietano i godimenti del lusso (15); s'impone un contegno e un incesso di convenzione (16). A dir breve, si pone la legge al di sopra degli affetti di famiglia, de'vincoli di natura e delle potestà domestiche.

« Egli è un grave errore, diceva Aristotile, di credere che ogni cittadino sia arbitro di sè medesimo: tutti allo Stato appartengono, postochè tutti son gli elementi di quello e le cure date alle parti debbono concordare con le cure date all'insieme. Non si potrebbero a tal riguardo mai lodare eccessivamente i Lacedemoni (17) ».

Nel generale, i più savi politici greci portavano avviso che una delle cause più sicure di rivoluzione era la facoltà lasciata a ciascuno di vivere a sua posta (18); vedendo essi in ciò un di quegli eccessi di libertà che precipitano le nazioni ne' mutamenti.

(1) V. per esempio *Deuter*. XXI, 16. Arrogi. Seldeno, *ivi*, c. 24.
(2) Eineccio, *ivi*. Salvador, II, p. 393 e 394.
(3) *Politica ricavata dalla Scrittura*, Intr.
(4) Diodoro, I, 2, 24.
(5) *Id.*
(6) Cap. XXXVII.
(7) Giraud crede che ne risulterà un dritto di proprietà privata. Pag. 27.
(8) Diodoro, *ivi*; Bossuet, *Ist. univ.*, p. 453.
(9) Bossuet, *ivi*.
(10) Schiltero, *exerc*. 14, § 3. Eineccio, § 9.
(11) *Politica*, trad. di Barth. St.-Hilaire, II, p. 115, 125.
(12) *Id.*
(13) La mia Memoria sopra Atene e Sparta.
(14) Arist. *Polit.*, lib. II, c. VI, t. I, p. 173 e 181.
(15) *Ivi*, lib. II, c. IV; t. I, p. 131.
(16) *Ivi*, lib. II, c. IV; t. I, p. 139 e s.
(17) Aristofane, la *Nuvole*, at. 3, c. III.
(18) Arist. *ivi*, lib. V, c. I; t. I. p.
(19) *Ivi*, lib. VIII, c. X, t. II, p. 479. Cita Platone

Di leggieri si scorge che avesse potuto essere il testamento in questo sistema, il quale, per far do' cittadini, pareva annichilasse il padre di famiglia. Nell' origine di tutto le greche legislazioni è sconosciuto il testamento. I poeti ci parlano per verità di donazioni a causa di morte fatte in momento di pericolo di guerra, e che rifletteano sopra oggetti, il cui valore era tutto d' affezionè (1); ma in niun luogo mostrasi la successione testamentaria.

L' avere del cittadino è, nelle sue mani, come un deposito di pertinenza della famiglia, come una specie di fedecommesso, che vuol esser conservato in quest'interesso collettivo (2).

In questo stato trovò Atene Solone (3). La tendenza della politica era quivi la democrazia. Ma questa democrazia, che faceva giuoco di tutto nell' arena della libertà politica, era ancora fanciulla sotto il rispetto della libertà civile. Un gran passo le fece fare Solone. Lasciam parlare Amyot, il cui schietto linguaggio accresce così spesso la leggiadria de' racconti di Plutarco: « Epperò egli fu grandemente stimato per l'ordinanza che feco intorno a' testamenti. Dappoichè per l' innanzi non era permesso a chicchessia d' istituir erede a suo talento; anzi facea d' uopo che i beni rimanessero nella famiglia del defunto; ma egli consentendo che ognuno lasciasse i suoi beni a chi più gli piacesse purchè non avesse prole, preferì l' amicizia alla parentela e il libero arbitrio alla coercizione e alla necessità; e fece che ciascuno fosse de' propri beni signore e padrone assoluto.

« E tuttavolta non approvava egli semplicemente e indifferentemente ogni maniera di donazioni, comunque fatte; anzi soltanto quelle che non procedessero nè da mente perturbata per grave informità o per beveraggio, avvelenamento, incantesimo o altra violenza, nè per seduzione muliebre; savissimamente estimando che non era da far differenza tra l' esser forzato con vie di fatto e l' esser condotto per subornazione a fare alcuna cosa contro il dovere, e reputando in tal caso pari alla forza la fraude e al dolore la voluttà, come passioni che àn d' ordinario le une e le altre uguale efficacia a fuorviare gli uomini della retta ragione (4). »

Egli è manifesto che in pregiudizio de' collaterali soprattutto avea Solone permesso il testamento (5). Quando v' avean figli maschi, i beni erano indisponibili; e il padre non poteva in nulla alterare l'uguaglianza (6). Nonostante, poteva pronunziare una diredazione motivata sopra ingiurie e sull' oblio del dovere filiale (7) o sulla dissipazione. Temistocle fu diredato dal padre a causa delle vane prodigalità o delle sregolatezze a cui s' era lasciato andare ne' primi anni della sua gioventù (8). La patria potestà, sebben meno eccessiva ad Atene che a Roma, vi avea non pertanto de'gran dritti. Un padre potea solennemente in giudizio abdicare il figlio e così spezzare tutti i legami della natura e della famiglia (9).

Debbo dire però, che, quando un padre lasciava figli maschi minori, poteva, dando loro per testamento dei tutori, assegnare a questi un usufrutto sino alla maggiorotà de' figli, e ciò perchè l' interesse non li conducesse ad appropriarsi una porzione de' beni della tutela (10).

Allorchè il testatore lasciava maschi e femmine, i primi ereditavano egualmente per la volontà della legge, senza che il testatore potesse con le sue ultime disposizioni affievolirne l' autorità. Ma in quanto concerne le femmine, poteva egli legarle per testamento a de' parenti, assegnando loro una dote. Così il padre di Demostene legò sua figlia a Demofone con una dote di due talenti (11). Per tal modo entrava il testatore nelle mire della legge successoria, la quale si serviva delle donne come d' un mezzo per ravvicinare i rami d'una stessa famiglia mediante de' connubi, e conservarvi la fortuna, che altrimenti sarebbe mercè le doti andata a perdersi in estranee famiglie:

Egli è risaputo che ad Atene i figli maschi escludevan le femmine, a cui soltanto doveano una dote (12) e, quando, figlie femmine unicamente vi erano, i più prossimi parenti potean rivendicare la successione (13). Ma facea mestieri rivendicassero con la successione le figlie; quella senza di queste non poteano (14): or il padre di famiglia potea col suo testamento derogare a questa disposizione della legge, legando egli medesimo la figliuola alla persona del parentado, con cui voleva si maritasse. « La legge dice espressamente (cito l'oratore Iseo) esser permesso a ognuno di disporre de' suoi beni a sua posta; salvo lasci figli maschi legittimi; e se uno lasci figlio femmine, non gli è permesso legare i beni che con le figliuole. Uno può dunque dispor de'suoi beni e legarli con le sue figlie legittime (15). »

Ciò che non è men degno di nota si è che il marito avea il dritto di legar la moglie a un parente coll'obbligo di sposarla mediante una dote determinata. Tanto avea pur fatto il padre di Demostene, il quale avea legata la moglie sua, madre del celebre oratore, e della fanciulla, di cui testè parlavamo, ad Afobo suo nipote, con una dote di ottanta mine (16). Afobo non isposò altrimenti la madre come Demofone non isposò la figlia, ed entrambi dissiparon le doti; il che fu occasione d' una lite che Demostene perorò a

(1) *Infra*, n. 36.
(2) Platone, *Leggi*, lib. II, (trad. Cousin, t. VII, p. 302).
(3) Plutarco, *Solone*, § 21. Eineccio, *De test. fact. jure germ.*, § 7.
(4) Plutarco, *Solone*, § 40.
(5) Iseo, aringa per la successione di Filoctemone (Iseo era stato maestro di Demostene).
(6) Demostene, discorso 2° contro il testimone Stefano.
(7) Meursio, *Themis. attic.*, 1, c. 2. Bunseo, *De jure haered. athen.* Sam. Petit. *Leg. attic.*, p. 576.
(8) Corn. Nip., *Temist.*, 1.
(9) Meursio, c. 13.
(10) Demostene contro Afobo, aringhe 1ª e 2ª.
(11) *Id. ivi.*
(12) *Id. ivi.*
(13) Discorso di Andocide su' misteri.
(14) Iseo per la successione d'Inia.
(15) Per la successione di Pirro.
(16) *Id.*

Digitized by Google

diciassette anni con una dialettica, una semplicità, una sobriotà superiore a un'età che nel generalo si lascia andare alla declamazione e all'enfasi. Un tratto earatteristico della legge ateniese è che, autorizzando l'istituzione d'un estraneo nel caso che abbiamo additato, essa voleva che cotesta istituzione si rannodasse ad un'adozione dell'istituito, per forma che la disposizione dell'uomo altro non era che un'imitazione della trasmissione delle successioni intestate in linea retta (1). Il testatore dovea far capo dal nominare a sè stesso un figlio d'adozione e a questo figlio pervenivano i beni in forza della disposizione testamentaria, come se egli fosse stato il figlio della natura (2).

I testamenti davan luogo a molti litigi, se ne giudichiam da'discorsi di Demostene, e massime dalla collezione delle aringhe dell'oratore Iseo. Secondo quest'ultimo, è permesso credere che alla forma de'testamenti mancava la certezza (3). Sembra per avventura che non si potea punto chiamar un magistrato per farli o per rivocarli (4). Ma spesso pure la prova delle ultime disposizioni poggiava sopra dubbie deposizioni testimoniali (5); e, quando il testamento era scritto, molti testatori, in cambio di darne contezza a'testimoni, limitavansi a prenderli in testimonianza che essi aveano testato; cotalchè poteva intervenire che ad uno scritto ne fosse sostituito un altro, il quale contenesse disposizioni contrarie alla volontà del testatore (6).

Il testatore faceva di frequente la descrizione de'suoi beni (7); ei si piaceva di emancipare, nell'atto più solenne di sua vita, quelli fra' suoi schiavi che aveano ben meritato; nominava eziandio degli esecutori testamentari, come può vedersi ne'testamenti greci che ci rimangono. Io m'avviso che si leggerà con diletto quello d'Aristotile (8).

Per ben comprenderlo, occorre sapere che Aristotile era da non breve tempo vedovo di Pitia, sorella o nipote dell'eunuco Ermia tiranno di Atarnea, suo amico (9). Egli ne aveva avuta una figliuola chiamata Pitia come la madre. Perduta questa consorte a lui diletta e che rimpianse solennemente, egli ebbe per concubina Erpilide di Stagira, che gli diè un figlio naturale per nome Nicomaco (10). I figli naturali, essendo fuori della famiglia, secondo le leggi ateniesi, non potean succedere nè a' beni nè ai sacrifizi ed alle altre cerimonie religiose (11). Ma Aristotile, pur trattando la figliuola cogli onori dovuti alla legittimità, dà delle prove di sua tenerezza per Erpilide e per Nicomaco ed assicura loro una sorte. Osserveremo di passaggio che in Atene non era condannato il concubinato, come è con ragione ne'costumi cristiani; neppur la monogamia v'era scrupolosamente osservata, e Socrate, si assicura, contrasse un doppio matrimonio in virtù d'una legge fatta per ripopolare l'Attica ridotta a stremo di uomini (12).

Ecco dunque il testo del testamento del nostro filosofo:

« Che tutto vada alla meglio. Se altrimenti fosse, Aristotile così dispone per ultima volontà: Antipatro sarà l'esecutore generale delle mie disposizioni; egli avrà la cura e la sopraintendenza di tutto finchè Nicanore sia in età da agire per rispetto ai miei beni: Aristomene, Timarco, Ipparco aiuteranno a prenderne cura, e così Teofrasto, so il voglia, tanto per rispetto ai miei figli, quanto ad Erpilide ed a' beni ch'io lascio! Allorchè mia figlia sarà da maritu, la si darà in moglie a Nicanore. Se le accada qualche disgrazia (possa ella esserne preservata!) e muola prima di maritarsi o senza lasciar prole, Nicanore sarà arbitro di disporre di mio figlio e di tutt'i miei beni come sarà conveniente per noi e per lui. Nicanore avrà dunque cura e di mia figlia e di mio figlio Nicomaco, per guisa che non patiscan diffetto di nulla, e si comporterà verso di loro come padre o fratello. Che se Nicanore venisse a morire, o prima d'avere sposata mia figlia o senza lasciar prole, sarà fatta la sua volontà. Se allora Teofrasto vuol prender seco mia figlia, entrerà in tutt'i dritti ch'io do a Nicanore; altrimenti i curatori, prendendo consiglio con Antipatro, disporranno di mia moglie e di mio figlio come crederanno convenevole. Raccomando a' tutori ed a Nicanore di non obbliare, per riguardo alla mia memoria, che Erpilide mi à sempre dimostrata molta affezione, e di vegliare, se vuol maritarsi, che sia data ad un marito degno di lei. In tal caso, oltre a'doni che ù ricevuti, le faran dare un talento d'argento, tre serve, se vuole, a dippiù di quelle che à, o il giovinetto Pirreo. Se ella vuol dimorare a Calcide (13), vi occuperà la casa contigua al giardino; e, se sceglie Stagira, occuperà la casa de' miei padri, o i curatori faran mobiliare quella delle due ch'essa abiterà. Nicanore avrà cura che Mirmice sia rimandato a'suoi parenti d'un modo lodevole e decente, con tutto quel ch'io ò di sua pertinenza. Do la libertà ad Ambracide e le lego in dote, quando andrà a marito, cinquecento drammo ed una serva, ma a Tala, oltre lo schiavo comprato ch'ella à, lego una giovane schiava e mille dramme. In quanto a Simo, oltre il danaro statogli dato per comprare un altro schiavo, gli si comprerà uno schiavo o gliene sarà dato in danaro il valsente. Taco ricupererà la sua libertà, allorchè mia figlia si mariterà; mo-

(1) Iseo, aringa per la successione d'Apollodoro; *id.* per la successione d'Astifilo; *id* per la successione di Filoctemone; *id* per la successione di Pirro.

(2) Platone, *Leggi*, lib. XI; V. più giù.

(3) Per la successione di Nicostrato.

(4) Per la successione di Cleonimo.

(5) Per la successione di Astifilo.

(6) Iseo, per la successione di Nicostrato.

(7) Demostene contro Afobo

(8) Poogo questo fra' testamenti ateniesi, sebbene Aristotile fosse di Stagira in Macedonia, perchè egli avea vissuto tanto tempo in Atene da esser ateniese in quanto alle idee. Egli ricevè l'incarico di dar delle leggi a Stagira; e quali altre leggi civili le avrebbe dato, se non quelle d'Atene? Si trovano, del resto, nel suo testamento.

(9) *Vita d'Aristotile* per Diogene Laerzio, V. 1, 11, 12 e s.

(10) Diog. Laerz. *ivi*.

(11) Iseo, per la successione di Filoctemone.

(12) Diog. Laer., *Vita di Socrate*. Una delle mogli di questo filosofo era Santippe, celebre pel suo umor salamistro; l'altra era Mirtone, da cui egli ebbe Sofronisco e Menessene

(13) Aristotile morì a Calcide (Diog. Laer.).

desimamente si emanciperanno allora Filone e Olimpio con suo figlio. I figli de' miei schiavi non saran mica venduti; ma passeranno al servigio de'miei eredi fino all'età adulta, per esser emancipati allora, se l'avran meritato. Si avrà cura parimenti di far terminare e collocare i ritratti che ò commessi a Grillione, cioè quelli di Nicanore, di Prossene e della madre di Nicanore. In quanto a quello d'Arimneate, trapassato senza figli, lo si collocherà del pari, onde non perisca la sua memoria. Alloghiai nel tempio di Cerere o altrove l'immagine di mia madre. Si ripongano nella mia tomba le ossa di Pitia (1), com'ella à ordinato. Si eseguirà eziandio il voto che ò fatto per la conservazione di Nicanore, ponendo a Stagira gli animali di pietra che ò votati per lui a Giove ed a Minerva salvatori: i quali esser debbono di quattro cubiti.

De'tratti di costumi ben curiosi contiene il testamento di Teofrasto conservatoci da Diogene Laerzio (2). Quel filosofo non avea figli e poteva usare della libertà concessa da Solone.

« Io spero buona salute; tuttavia, se m'incoglierà qualche sciagura, ecco le mie disposizioni. Melante e Pancreon, figlio di Leonte, erediteranno di tutto ciò che è nella mia casa. In quanto alle cose ch'io ò confidate a Ipparco, ecco quel che voglio se ne faccia. Si termineranno il tempio che è consacrato alle muse e le statue delle dee, e si farà ciò che si potrà per abbellirlo, indi si allogherà nel recinto consacrato l'immagine d'Aristotile e gli altri emblemi che prima v'erano; si costruirà in vicinanza del tempio un portico bello quanto quello che v'era una volta; si decorerà il portico inferiore coi mappamondi, e s'innalzerà un altare ben fatto e convenevolmente. Voglio che si compia la statua di Licomaco, e Prassitele, che ne à fatta la forma, farà le altre spese che quella richiederà: terminata che sia, verrà messa dove crederanno coloro ch' io nomino esecutori delle mie volontà. Ecco ciò che ordino pel tempio e pe'suoi ornamenti. Dono a Callino la mezzadria che ò a Stagira. Avrà tutt'i miei libri Neleo, e dono il mio giardino col luogo che serve alla passeggiata e con tutte le abitazioni attinenti al giardino, a quelli fra' miei amici che specifico nel mio testamento e che vorranno servirsene per passar il tempo insieme ed occuparsi alla filosofia; chè non si può sempre viaggiare. Io impongo però la condizione che non alienino questo bene e che niuno se l'appropri in particolare, ma che lo posseggano in comune come un bene sacro e ne godano amichevolmente, secondo che è giusto e convenevole. Quelli che avran parte a siffatto dono sono Ipparco, Stratone, Callino, Demotimo, Demarato, Callistene, Melanto, Pancreone o Nicippe. Dipenderà però da Aristotile, figlio di Midia e di Pitia, di partecipare al medesimo dritto, s'egli à amore per la filosofia, e allora i più provetti in età porranno ogni studio per farvelo progredire. Io intendo esser interrato nel luogo del giardino che si stimerà più adatto, senza far alcuna spesa superflua pel mio feretro o per le esequie. Per ciò che spetta le cure da darsi al tempietto del giardino, voglio le continui dopo la mia morte come prima Pompilo, il quale vi dimora, e provvederanno a'bisogni di lui coloro cui lo dono cotesti beni. Desidero che Pompilo e Trepta, i quali son liberi da lunga pezza ed ànnomi ben servito, posseдano in sicurtà tanto quel che posso aver loro donato finora quanto quel ch'eglino stessi ànno acquistato e le duemila dramme, che ò incaricato Ipparco di pagar loro, secondo che ò detto sovente a Melante ed a Pancreon, i quali v'àn pienamente aderito. Del resto, fo ad essi dono di Somatale e d'una serva: e circa a'giovanetti Molone, Cimone e Parmenone, che ò emancipati, do loro la libertà d'andarsene. Emancipo egualmente Manete e Calliade, dopo che avran dimorato quattro anni nel giardino e v'avran lavorato soddisfacentemente. Rispetto, alle minute suppellettili, dopo che si saran date a Pompilo quelle che gli esecutori crederanno, si venderà il resto. Dono a Demotimo Carione, Donace a Neleo, e voglio sia venduto Eubuide. Ipparco darà a Callino tremila dramme. Ordinerei che dividessero la mia successione con Ipparco, Melanto e Pancreone, se non considerassi che Ipparco m'à reso non à guari di gran servigi ed à perduto molta parte de' suoi beni; senzachè penso che in comune non potrebbono facilmente amministrare i miei beni. Pertanto ò giudicato più utile per essi di far loro pagar una somma da Ipparco. Egli dunque darà a ciascun de'due un talento: e curerà eziandio di dare agli esecutori quel che farà bisogno per le spese designate in questo testamento. Dopo che Ipparco avrà fatto tutto ciò, sarà esonerato da tutt'i contratti ch'io ò a suo carico; e, se à potuto far qualche guadagno in Calcide sotto il nome mio, andrà a suo benefizio. Nomino esecutori delle mie volontà nel presente testamento Ipparco, Neleo, Stratone, Callino, Demotimo, Callistene, e Ctesarco. »

Non citerò più per ora che il testamento di Epicuro (3), supremo attestato d'un ingegno amico della filosofia e d'un maestro devoto alla sua dottrina. Molto si è scritto circa le sregolatezze di Epicuro; ma i fatti son troppo controversi (4), e il testamento di lui, fa onore alla sua memoria. Egli trapassò senza figliuoli.

« La mia ultima volontà è che tutt'i miei beni appartengono ad Aminomaco figlio di Filocrato ed a Timocrato figlio di Demetrio, secondo che si rileva dalla donazione che loro ò fatta, il cui atto è inserito ne'registri conservati nel tempio della madre degli dei; a condizione tuttavolta, che il giardino con tutte le sue comodità sarà donato ad Ermaco di Mitilene figlio di Agemarco, a coloro che con esso lui insegneranno ed altresì a quelli ch'egli nominerà per tener la scuola, onde vi possano più piacevolmente continuar l'esercizio, ed affinchè i nomi di quelli che saranno chiamati filosofi della nostra setta sien consacrati all'eternità.

« Raccomando ad Aminomaco ed a Timocrato di applicarsi, per quanto sia loro possibile, alla riparazione ed alla conservazione della scuola ch'è nel giardino. Io gl'incarico di obbligare i

(1) Sua moglie.
(2) *Vita di Teofrasto.*
(3) Diog. Laer., *Vita d'Epicuro.*
(4) *Id.*

loro eredi ad aver la stessa cura che avranno avuto eglino stessi per la conservazione del giardino o di tutto ciò che ne dipende, e di lasciarne medesimamente il godimento a tutti gli altri filosofi continuatori della nostra dottrina.

« Aminomaco e Timocrato lasceranno ad Ermaco durante la sua vita ed a coloro che con essolui daranno opera allo studio della filosofia, la casa che è nel borgo di Melito.

« Sulla rendita dei beni che ò donati ad Aminomaco e a Timocrato, secondo che si converrà con Ermaco, si preleverà ciò che sarà necessario per celebrare nel dieci primi giorni del mese di Gomeleonte quello della nostra nascita e quelli di mio padre, di mia madre e dei miei fratelli; e il ventesimo dì della luna di ciascun mese si darà banchetto a tutti coloro che ci han seguiti nello studio della filosofia, acciocchè serbino memoria di me e di Metrodoro, e facciano la stessa cosa nel mese di Possideonte in memoria dei nostri fratelli a quella guisa che àn veduto osservare da noi. Bisognerà che adempiano a questo dovere nel mese di Metagitnione in favor di Polieno.

« Aminomaco e Timocrato prenderan cura dell'educazione di Epicuro figlio di Metrodoro (1) e del figlio di Polieno fintanto che dimorino insieme presso Ermaco e prendano le sue lezioni.

« Voglio che sotto la loro direzione stia altresì la figliuola di Metrodoro, e quando ella sarà in età da marito che sposi quel filosofo che Ermaco le avrà scelto. Io le raccomando d'esser modesta e d'ubbidire ad Ermaco in ogni cosa.

« Aminomaco o Timocrato consultato Ermaco, preleveranno dalla rendita dei miei beni ciò che farà d'uopo pel loro vitto e pel loro mantenimento. Egli godrà com'essi della parte e porzione ch'io gli assegno nella mia successione, attesochè egli è incanutito con noi nelle investigazioni che abbiam fatte sulla natura e l'abbiam lasciato per nostro successore alla scuola da noi stabilita: adunque nulla si farà senza il consiglio di lui. La figlia quando sarà collocata in matrimonio verrà dotata a tenore dei beni ch'io lascio. Del che delibereranno con Ermaco, Aminomaco, e Timocrato.

« Si prenderà cura di Nicanore come noi fatto abbiamo, essendo giusto che tutti coloro che sono stati compagni dei nostri studi, che v'han contribuito con ogni lor possa e ànnosi recato a gran ventura di spender con noi la vita nella speculazione delle scienze, non patiscano difetto, se noi potremo impedirlo, delle cose che son ad essi necessarie pel successo delle loro scoverte. Voglio che Ermaco s'abbia tutt'i miei libri.

« Se accada che Ermaco esca di questa vita prima che i figli di Metrodoro sieno in età, ordino che Aminomaco e Timocrato li prendano sotto la loro sorveglianza, onde tutto riesca ad onore, e che proporzionino al valore dei miei beni la spesa che bisognerà fare per essi.

« Auguro che, per quanto sia possibile, tutte queste disposizioni vengano eseguite puntualmente giusta la mia volontà. Fra i miei schiavi emancipo Mus, Nicia e Licone; e do eziandio la libertà a Fedrione. »

Potrei citare altri testamenti, per esempio quello del filosofo Stratone, il quale ereditò dalla scuola di Teofrasto (2), e quello del filosofo Licone che succedè a Stratone (3). Li rammento qui pur come una pruova dell'usanza che avevano i Greci di prendere ogni precauzione per non morire intestati.

Malgrado però quest'uso divulgatissimo fra i suoi concittadini, Platone non trattava punto con favore il dritto di testare; egli ne parla severamente, non già nel suo bizzarro libro della *Repubblica*, che non è scritto nè per gli uomini nè per gli dei, ma sì nel trattato delle *leggi* più ragionevole e più pratico. Egli vede nel testamento una cagione di turbolenze, di discordie e di mali; lo considera in sè come un effetto del capriccio dei morenti, come l'atto di persone che vedendosi in sul punto di abbandonar la vita non àn più nè libertà di mente, nè fermezza di volontà. Indarno, secondo Platone, rivendica l'uomo con orgoglio il dritto di testare, dicendo: o Numi! non sarebbe durissima cosa il non poter disporre del mio, come a me piace, e lasciarne più a questo, meno a quello, secondo il più o il meno di affetto che han mostrato per me, e del quale ho avute prove sufficienti nel corso della mia infermità, della mia vecchiaia, e de' diversi avvenimenti della mia vita?

Ma il nostro filosofo lor risponde: « Miei cari, lor diremo, voi che men di ogni altro potete fare un libero uso del tempo, nello stato in cui siete, vi è impossibile di giudicar bene dei vostri affari, e di conoscer voi medesimi come Apollo Pizio prescrive. In qualità di Legislatore adunque io vi dichiaro che io non riguardo nè voi nè le vostre proprietà come appartenenti a voi stessi, ma come appartenenti a tutta la vostra famiglia composta de' vostri antenati, e de' vostri posteri, e riguardo la vostra famiglia con tutt'i suoi beni come appartenenti allo Stato. Ciò essendo, in fino a tanto che l'infermità, o la vecchiaia si fanno ondeggiare tra la vita e la morte gli adulatori coi loro scaltri modi s'insinuano nel vostro spirito, e v'impegnano a fare testamento contro le regole stabilite, per quanto è in me io non lo soffrirò affatto: ma farò le mie leggi a questo proposito, prendendo in mira il bene del pubblico, e quello della vostra famiglia, posponendo ragionevolmente il bene dei privati.

Di qui movendo, crea Platone un sistema, che restringe al possibile questa libertà del testatore, ch' egli vedeva stabilita in tutta la Grecia, (benchè con diverse gradazioni) e con la quale è obbligato a transigere mercè una curiosa mistione dello spirito orientale, e dello spirito greco (4), egli stabilisce e costituisce una porzione ereditaria che il padre può dare ad un dei figli a sua scelta, ma che non può far uscire dalla famiglia; il resto può esser distribuito dal padre fra gli altri suoi figli, maschi o femmine. Se il testatore non à che figlie femmine, può eleggere qualche giovane per isposo di quella

(1) Metrodoro era un filosofo amico di Epicuro, morto prima che questi facesse il suo testamento. (Diog. Laer.).

(2) Diog. Laer., *Vita di Stratone*.

(3) *Id*, *Vita di Licone*.

(4) Cousin, t. VIII, p. 491, nota.

ch' egli stimerà e dopo averlo adottato per figlio istituirlo suo erede. Quegli che non à figli può metter da banda il decimo dei beni acquistati e legarlo a chi più gli piaccia, lasciando il rimanente alla persona che avrà adottato (1).

Si vede che Platone raffazzona un miscuglio delle sue proprie idee con le istituzioni di Solone, affine di perfezionar queste nel senso di quelle. Rammento a questo proposito le seguenti parole di Balzac: « Platone si trastulla sovente a questa guisa: filosofeggia poeticamente e mescola la favola nella teologia (2). » Ma le sue favole poggiano sopra una logica precisa e ben sostenuta. Così per restringere il dritto di testare Platone comincia dal restringere il dritto di proprietà! Allo stesso modo ànno adoperato tutti i nemici della libertà civile.

Il più curioso si è che, ad onta di questa sua uggia contro il dritto di testare, Platone fece come tutti gli altri il suo testamento. E sì non ci à cosa più ordinaria fra gli antichi filosofi che la contraddizione delle azioni coi principi. Anche Mirabeau, che non può lasciarsi dimenticato quando è questione del dritto di testare e della libertà di contraddirsi, Mirabeau aveva appunto testato poco innanzi, allorchè fece quel celebre e violento discorso contro i testamenti (3). Conosceva per fermo assai bene il cuore umano Lesage, il quale narra come il Dottor Sangrado che tanto volte avea raccomandata l'acqua ai suoi clienti fu trovato da Gil Blas bevente del vino per sostentare le sue forze.

Ecco dunque il testamento di Platone:

« Platone lascia e lega ciò che segue: La mezzadria di Efestiade che à a tramontana la strada che vien dal tempio di Cefisiade, a mezzogiorno Eraclea degli Efestiadi, ad oriente Archistrato di Freara e ad occidente Filippo di Colide. Questo fondo non sarà punto permesso di venderlo o d' alienarlo; ma apparterrà al figlio di Adimanto mio fratello il quale ne godrà come assoluto padrone. A lui do eziandio la mezzadria degli Erenesiadi limitata dai fondi di Demostrato verso il mezzodì, di Eurimedonte di Mirrina verso levante, di Cefiso a ponente e al settentrione dal fondo di Callimaco, dal quale l' ò comperato. Gli dono inoltre tre mine in moneta, un vaso d' argento del peso di centosessantacinque dramme, una coppa dello stesso metallo che pesa dramme sessantacinque, un anello e un paio di pendenti d'oro che pesano insieme quattro dramme e tre oboli, con tre mine dovutemi da Euclide, il tagliator di pietra. Libero da ogni servitù Diana, ma continueranno ad essere schiavi Bieta, Ticone, Apolloniade, e Dionigi. La descrizione delle mie masserizie si troverà nello inventario che ò consegnato a Demetrio. Non ò alcun debito.

Istituisco curatori Egia, Eurimedole, Callimaco e Trasippo (4). »

In quanto alle altre repubbliche greche, certo è che vi fu generalmente ricevuto l'uso dei testamenti, come uscirono dall' età eroica. Secondo Isocrate era una legge universale in Grecia (5); e fra tante diversità locali nelle istituzioni e nei costumi, tutti gli Stati eran concordi per riconoscere e conservare il dritto di testare. Egli è probabile anzichè no che le leggi ateniesi di cui abbiamo testè favellato furono il tipo delle leggi testamentarie delle altre città greche, e che l' adozione fu la forma solenne e sacramentale dell' istituzione fatta dal cittadino che non aveva figli (6). È egli da tenere per una bizzarria di testatore ovvero come la pruova d' una legge stabilita il testamento riferito da Luciano (7) di quel Corintio, il quale, morendo povero e lasciando due amici doviziosi, lega al primo l' obbligo del mantenimento di sua madre, e al secondo la cura di dotare e maritare la figliuola di lui, sostituendoli l' uno all' altro in caso di morte d' uno dei due? Le legislazioni greche ci presentano dei regolamenti così straordinari sui privati rapporti dei cittadini e sulla distribuzione delle ricchezze, ch'è permesso esitare in quanto le concerne, quando si dovrebbe mostrarsi assolutamente incredulo per rispetto alle altre.

Lacedemonia, le cui leggi son cotanto celebri e non meno singolari, vuol pure che ne tocchiamo particolarmente alcuna cosa. Quello Stato aveva cominciato come Atene dalla proibizione del testamento. Da un brano di Aristotile si è inferito che Licurgo, il quale avea fatto un'ugual divisione dei beni, avea vietato di vendere e di comprare le quote distribuite, aveva interdetto l' uso dell' oro e dell' argento, era caduto nella strana contraddizione di accordare a ciascun cittadino la libertà di donare e testare (8). Ma Aristotile è lungi dall' aver commesso un tanto errore, egli si limita a rifermare l' antagonismo di regolamenti sì mal concepiti, senza renderne altrimenti mallevadore Licurgo. E infatti, secondo ci attesta Plutarco (9), il dritto di testare venno introdotto, cinque secoli dopo Licurgo, dall' eforo Epitadeo. Il quale facendo accettare da' suoi concittadini questa legge, da lui proposta sol per astio contro suo figlio, rovesciò tutta l' economia politica di Licurgo. « I ricchi (continua Plutarco) cominciarono allora da tutte parti ad acquistare, escludendo i veri eredi dalle successioni che a loro s' appartenevano. » Siccome le femmine eran divenute abili ad ereditare, potè il padre fin d' allora legar la figlia a colui che gli conveniva di scegliere (10). Per tal modo entrò il dritto ateniese nella gelosa città di Licurgo, e non andò guari che crollò da cima a fondo tutto il sistema economico di quel legislatore. Le altre cause della sua caduta posson vedersi nella mia memoria accademica sopra Atene e Sparta.

(1) *Leggi*, lib. XI.
(2) *Aristippo e la corte*, disc. I.
(3) *Infra* n. 25.
(4) Diog. Laer., *Vita di Platone*.
(5) Isocrate (*Aeginetica oratio*): « *Considerate... « legem denique huic testamento suffragantem, et Graecis omnibus probatam. Cujus rei maximum illud argumentum est, quod, quum aliis de rebus dissentiant, « de hac omnes statuunt.* » Questo discorso versa intorno a un testamento fatto ad Egina. Einecc. *ivi*, § 8.
(6) Isocrate, *ivi*.
(7) *Toxar*, § 22. Pastoret, t. VIII, p. 121.
(8) *Polit.*, 2, 6 (t. I, p. 165, trad. di Barth. — St-Hilaire). La mia memoria sopra Atene e Lacedemonia.
(9) Agide e Cleonte, § 7.
(10) Arist. *ivi*. Pastoret, t. V, p. 497.

Ma egli è tempo oramai d' entrare in Italia, patria illustre del dritto civile.

Le influenze che governarono il vetusto gius italico sono ingegnosamente ritratte da Virgilio, quando ci rappresenta Enoa che offre in dono al re Latino lo scettro e la tiara sacra di Priamo (1). E si la religione e la politica s' avean data la mano per fondar le istituzioni italiche, ed entrambe furono per lunga pezza la forza de' popoli latini ed etruschi naturalmente caldi cultori degl' iddii (2). I loro primi re, come Latino e Turno, avean tutti origine divina, erano ad un tempo sacerdoti o capi guerrieri (3), e i loro ministri andavano a cercar leggi e responsi nelle fibre delle vittime, nel volo degli uccelli e negli scoppi del fulmine (4). Avvegnachè tra le popolazioni dell' Italia fosse venuto a mescolarsi l' elemento greco, come c' insegna Virgilio negli ultimi cinque canti dell'immortal suo poema, la razza italica avea conservata la sua tempera vigorosa e l' original suo tipo. Giove aveva anzi promesso a Giunone che il Lazio rimarrebbe Lazio, malgrado la vittoria d' Enea, che gli Ausoni, ritenendo il lor nome, il loro linguaggio, le loro fogge, assorbirebbero i fuggitivi dell' Asia, dopo aver fusi in uno i due culti, e che al solo valore italico dovrebbe Roma un giorno la sua potenza e i suoi incrementi (5). L'Italiano, paziente agricoltore e prode soldato, aveva a disdegno il lusso; piacevagli il bottino della caccia o della guerra, la sua lancia gli serviva alternamente or per trapassare il petto al nemico ed or per istimolare i buoi del suo aratro (6). Lo spirito italico, più preciso e più castigato dello spirito greco, non avea mai conosciuti i sogni di Minosse e di Licurgo; e con ragione felicitava Tullio la vecchia Roma d' aver preferito la prudenza e il senno nelle sue leggi a' tentativi pressochè ridicoli di quei legislatori (7). Rudi erano senza fallo i costumi (8); le istituzioni erano impiantate sul severo fondo della religione e dell' autocrazia; ma assai più delle greche istituzioni tennesi lontane dall'influenza asiatica e dal dispotismo orientale. L' Italiano coltivava la terra con le sue libere mani, invece d' abbandonarla a schiavi, come faceano i Lacedemoni o la più parte de' Greci; rendeva onori divini a quella terra d' Ausonia consacrata dagl' iddii e fecondata dai suoi lavori (9); la proprietà vi proclamava il suo dritto col limite de' campi, obbietto del rispetto d' un popolo agricolo e religioso (10). Diceano bensì le favole che a tempo di Saturno tutte le cose eran comuni (11), ma l' istoria ci addita l' appropriazione privata come il fatto dominante de' secoli conosciuti per via della tradizione. La proprietà era immutabile, e la società poggiava sul culto della troiana Vesta (12), custode del domestico focolare (13), immagine della stabilità (14), proteggitrice dello Stato (15), e sul culto del dio Termino, il quale conciliava la divisione de'campi con la pace della città (16). L'agrimensore era un sacerdote; la terra da lui misurata e confinata un tempio, perchè era stata tocca dal suo bastone augurale e nel suo recinto eransi presi sotto la volta de' cieli gli auspici (17). Si sa che quello stesso Numa, che fece la

(1) . . . . Hoc Priami gestamen erat, quum jura vocatis
More daret populis, sceptrumque sacerque tiaras.
(Aeneid., VII, v. 246, 247.)

(2) . . . . Hinc genus, Ausonio mixtum quod sanguine surget
Suprà homines, suprà ire deos pietate videbis.
(Aeneid., XII, v. 838, 839.)

(3) Virgilio rappresenta Pico, re de'Laurentini, portante il bastone augurale e lo scudo sacro (Eneid., lib. VII).

(4) . . . . Ille hominum divumque interpres Asylas
Cui pecudum fibrae, coeli cui sidera parent
Et linguae volucrum et praesagi fulminis ignes.
(Aeneid., lib. X, v. 176, 177.)

Questo Asilas era un etrusco.

(5) . . . . Sit Latium; sint albani per saecula reges;
Sit Romana potens italà virtute propago.
. . . .
Sermonem Ausonii patrium moresque tenebunt;
Utque est, nomen erit.
(Aeneid., XII, 826, 827, 834, 835.)

V. anche Tit. Liv., 1, 2.

(6) . . . . At patiens operum, parvoque assueta juventus
Aut rastris terram domat, aut quatit oppida bello,
Omne aevum ferro teritur, versâque juvencûm
Terga fatigamus hastâ.
(Aeneid., lib. IX, v. 607 e s.)

(7) . . . . « *Jus... inconditum ac poene ridiculum.* » (*De orat.*, 1, 44.)

(8) . . . . Durum ab stirpe genus
(Virgil., *Aeneid.*, lib. IX, v. 604.)

(9) . . . . Faune, precor, miserere, inquit; tuque, *optima*, ferrum,
Terra, tene; *colui vestros si semper honores*,
Quos contra Aeneadae bello fecere profanos.
(Aeneid, lib. XII, v. 778 e s.)

(10) . . . . Saxum antiquum, ingens, campo quod forte jacebat,
Limes agro positus, litem ut discerneret arvis.
(Aeneid., lib. XII, v. 898.)

(11) Justin, 43, § 1.

(12) *Iliacae...Vestae.* Ovid., *Fast.*, v. 366. V. Virgilio. *Aeneid.*, II, v. 296, 297.

(13) Cicer., *De natura deor.*, lib. 2, § 27: « *Deaque est rerum custos intimarum.* » S. Agostino, *De civit. Dei*, lib. 4, c. 10 e 11.

(14) Ovid., *Fast.*, VI, v. 299.

(15) Virgil. *Aeneid.*, II, v. 295.

(16) Virgil. *loc. cit.*

(17) Giraud, *Dritto di proprietà*, p. 103.

ripartizione delle terre fra'cittadini romani, aveva avuto cura di richiamare in vigore e d'organizzare in modo più completo la religione del dio Termine (1); tremende maledizioni pesavan sul capo di chi violava il limite de' campi.

Troviamo dunque qui un carattere individuale fortemente impresso nella costituzione della proprietà. Tuttochè avviluppato nell'elemento religioso e politico, il diritto del proprietario spiega fuori come quello della famiglia, al quale può pareggiarsi. S. Agostino ci fa sapere che si confondea la fiata Vesta con la terra (2). La ragione di ciò non è forse che la proprietà è il complemento della famiglia, di cui Vesta era la divinità tutelare?

E, poichè il testamento è l'espressione del dritto individuale dell'uomo sulla cosa, l'incontreremo nelle pratiche della vetusta Italia più dell'antica Grecia emancipata dal giogo delle idee orientali sulla proprietà.

Sappiamo, infatti, da Tito Livio, che Procace, re degli Albini e padre di Numitore e di Amulio, legò a Numitore ch'era il primogenito l'antico reame de' Silvi (3). Sotto Anco Marzio, la cortigiana Acca Laurenzia, dopo una lunga coabitazione con Tarruzio, ricco cittadino, fu da quest'ultimo istituita erede di tutti i suoi beni (4). Ella stessa lasciò col suo testamento la maggior parte de' suoi averi al popolo romano (5). Si sa ancora che Anco Marzio, col suo testamento, nominò Tarquinio il vecchio, tutore de' suoi figli (6). Questo medesimo Tarquinio aveva ereditato tutti i beni di suo padre Damarate, in virtù del testamento di lui (7); e ciò che è degno di nota si è che questo testamento potè impunemente passare sotto silenzio un nipote del disponente, di cui sua nuora, vedova del suo secondo figlio Arunse, era incinta quand' egli morì (8). Cotalchè il testamento era ricevuto non pure a Roma, sì ancora nel Lazio, nell'Etruria e si può dire in tutta la Penisola Italica.

Il testamento, dunque, non ebbe bisogno di attendere, in Italia, le rivoluzioni che tardivamente lo introdussero nella Grecia; esso vi è, vorremmo dire, indigeno e mostrasi contemporaneo dell'istoria più antica.

Ma qual n'era la forma?

Non si può rispondere a questa quistione, se non con le antichità romane. Al di là di Roma nulla si sa del dritto italico su questo punto del dritto civile. E, siccome la legislazione interna del popolo romano fu contrassegnata fin nelle sue fondamenta da una impronta eminentemente originale, non s'avrebbe a conchiudere dalle pratiche di Roma alle pratiche d'Italia. Roma non fu sì gelosa del suo dritto, non se ne mostrò sì avara per gl' Italiani sottomessi alle sue armi, se non perchè aveva de'caratteri distintivi che lo rendevano il privilegio del popolo dominatore (9).

Ecco dunque il dritto romano prima della legge delle XII Tavole. Dal punto di vista che noi qui esaminiamo, ha un'importanza grandissima.

V'eran due modi di testare, l'uno in tempo di pace, l'altro in tempo di guerra (10). In tempo di pace, i testamenti si faceano ne' comizi calati, i quali si tenevan due volte l'anno, perchè i cittadini potessero usare del dritto di testare (11). Questi comizi eran di due specie, i comizi per curie (curiata), che convocava il littore, e i comizi per centurie ch'eran convocati a suon di corno. Quivi, in presenza del collegio de' pontefici, s'inauguravano il re e i flamini; quivi ancora riformavansi i riti sacri annessi alle eredità di certe famiglie (12); quivi si faceano i testamenti, i quali sembravano come una dipendenza del dominio della religione (13).

Ma quando la guerra chiamava l'esercito sotto le bandiere, i soldati, uscendo da' pacifici focolari per andare alla pugna, potean testare in una forma più semplice, che consisteva nel nominare l'erede in presenza di tre o quattro testimoni (14). Spesso nel momento de' maggiori pericoli della mischia o dell'assalto, il soldato pensava al suo erede ed alla rimembranza della patria univa quella della famiglia (15).

Questi testamenti si appellavano *in procinctu Gabino* o *in procinctu*, a causa della divisa militare che portava il disponente, cinto della sua toga, i cui lembi arrovesciati sulla schiena tornavano sul davanti, per istringere il corpo (16). Il soldato era come sacro agli dei (17). L'armata tutta intera era posta sotto la protezione degli auspici, che dirigeano i suoi passi (18). Essa avea seco incessantemente i pontefici, gli auguri e gli auspici, i quali eccitavano il suo coraggio con le preghiere, con le consacrazioni, le predizioni e le formule sacre della devozione (19), per modo che il testamento del soldato, posto sotto quella protezione divina, toglieva dalla presenza de' pontefici un carattere pubblico tanto elevato quanto se fosse stato ratificato dal popolo romano (20). Oltre a queste due forme di testamento, conosceasi, anche prima delle XII Tavole, una terza maniera di testare che non avea d'uopo nè de' comizi, nè de' pericoli della guerra per manifestarsi. Era il testamento per *aes et libram*, che poggiava sull'idea d'una

(1) Plutarco, *Numa*, § 16. Dionigi, lib. 2, § 74.
(2) *Ivi*.
(3) « *Numitori, qui stirpis maximus erat, regnum vetustum Silviae gentis legat.* » (I. 3.)
(4) Plutarco, *Quest. roman.*, 35, e *Vita di Romolo*, § 5.
(5) *Id.*, *Vita di Romolo*, *ivi*.
(6) « *Tutor etiam liberis regis testamento institueretur.* » (Tit. Liv. I, 34.)
(7) Tit. Liv. I, 34. Damarato era di Corinto ed era venuto a stabilirsi in Italia.
(8) *Id.*
(9) Ulpiano dice che i Latini non poteao fare un testamento romano, *Fragm.* t XX, § 14.
(10) Caius, 2, comm. 101. Justin., *Instit. De testamentis ordinandis*, § 1. Aulo-Gellio, *Noct. attic.* XV, 27.
(11) Caius, *loc. cit.*: « *Quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant.* »
(12) Aulo-Gellio, *Sacrorum detestatio* (*loc. cit.*)
(13) Aulo Gellio, *ivi*. Teofilo, 2, 10, § 1. Eineccio, *ivi*, § 13. Beaufort, *Della repubbl. rom.*, cap. *De' comizi curiati*. (*Infra*, n. 1430).
(14) Aulo Gellio, *ivi*, Caio, comm. 101. Plutarco, *su Coriolano*, § 11. Eineccio, §§ 13 e 14.
(15) Plutarco, *ivi*. Velleio Patercolo, 2, 5. Aulo Gellio *ivi*.
(16) Virgilio, Eneide, VII, v. 612, e Servio su queste luogo.
(17) Cic, *De nat. deor.* 2, 3.
(18) Virgilio, *ivi*.
(19) Tit. Liv. VIII, 9 e X, 28.
(20) Eineccio, *ivi* § 15.

Digitized by Google

mancipazione e mercè il quale il testatore con la solennità della bilancia o della moneta, dava il suo patrimonio a colui cui voleva istituire e che era compratore della famiglia (*familiae emptor*) (1).

Non ha torto il Niebuhr di credere che il testamento *calatis comitiis* de' patrizi si faceva nell' assemblea delle curie, e quello de' plebei ne' comizi delle classi o centurie (2). Questo non era punto una dichiarazione innanzi ai testimoni. Le curie e le centurie davano una risoluzione approbativa ed una sanzione, e questa risoluzione imprimeva forza di legge al testamento (3). La ragione che dà il Niebuhr di quest' uso è la seguente : quando una *gens* patrizia s'estingueva, la sua fortuna ricadeva nella curia; quella di una curia estinta, ricadeva nel *publicum* ; onde si richiedeva il consenso del *Populus* perchè un testamento venisse a recare una modificazione all'ordine legittimo delle successioni, e quindi agl' interessi di tutt'i patrizi.

In quanto a' plebei, questi eran più isolati ; non erano altrimenti aggruppati *in gentes*. Ma l'intero ordine possedeva il suo tesoro nel tempio di Cerere; e quando le centurie, sia al campo marzio, sia prima del combattimento, elevavano al grado delle leggi l' ultima volontà di un cittadino, era una rinunzia alle pretese della corporazione sugli averi di lui (4). Così in Germania vi sono de' luoghi, ove chiunque appartiene a un parentado non può testare, se non pagando a quello una data somma, come indennità pe' dritti successori.

Questa spiegazione aver può suo valore ; la si ricava da una solidalità di classi che esiste sempre nelle epoche di formazione e d' organamento. Ma io credo che ve ne sia una ancor più decisiva e la quale calza meglio con le idee generalmente accreditate prima del Niebuhr.

Avvegnachè la proprietà poggiasse in Italia sulla consacrazione del dritto privato, mediante le cerimonie della religione, certo è che vi fu un momento a Roma, in cui il dritto collettivo dello Stato venne a imprimervi la sua autorità transitoria; e fu l'epoca della conquista.Romolo fondò col frutto di sue vittorie la proprietà pubblica.Ma ad onta di taluni saggi di distribuzione fra le tribù (5) e fra' suoi compagni d'arme (6), non potè quel principe effettuare d' un modo completo l'opera della divisione, contrariata dai patrizi (7). A Numa, pio e pacifico legislatore, fu concesso di compierla (8), chè da lui data la fondazione della proprietà privata, la confinazione delle terre, il sacro patronato del dio Termine e la maledizione del violatore dell'altrui diritto.

Or siffatta divisione di cui s'era conservata la memoria nella più remota posterità, col suo carattere politico e religioso, avea avuto per conseguenza di far considerare la proprietà privata come derivante dallo Stato. Perciò lo Stato, il quale con la conquista dell' esercito vittorioso, ora stato proprietario temporaneo del suolo, era rappresentato in tutti gli atti di mutazione e d'investitura della proprietà (9).Ecco massimamente perchè si richiedeva l' intervento dello Stato in un atto che cambiava le leggi ordinarie della trasmessione de' beni. A Roma la successione era direttamente legata alla politica ; il dritto pubblico l' aveva ordinata in guisa da conservar nella *gentes* i beni, i sagrifizi, i riti paterni (10). Sicchè era il testamento una specie d'atto legislativo. La famiglia non poteva senza una legge pubblica ricevere questa legge privata. Tal era la logica del vecchio dritto romano,per la quale esso diceva con ragione che il testamento era di dritto pubblico e non privato (11).

Ma, siccome nell'intervallo de'comizi la morte potea sorprendere de' padri di famiglia imprevidenti, siccome d'altronde mai non accadeva che l'assemblea del popolo contrariasse gli effetti della paterna sollecitudine e la sua ratificazione,divenuta di pura forma, s'introdusse l' uso del testamento *per aes et libram* (12).Era questo una libera imitazione del testamento *incalatis comitiis*. Cinque testimoni vi personificavano simbolicamente (13) le cinque classi (14) e il *libripens* era in origine un magistrato o un pontefice (15).

Questa forma a causa della sua comodità fe' cadere in desuetudine il testamento *calatis comitiis*, e fu un considerevole progresso per la libertà del testamento. Imperocchè il dritto si separava dalle forme politiche che l'aveano imprigionato, la volontà dell' uomo diveniva preponderante in mezzo a quello solennità, il cui significato s'andava l'un dì più che l'altro oscurando e che poco di poi si perdè onninamente.

Tal'era la situazione delle cose, quando seguì la redazione della legge delle XII Tavole. Questa legge trovò la proprietà privata solidamente adagiata, trovò pure in azione l'autorità sovrana del padre di famiglia . più fortemente organata a Roma che ovunque altro; consacrò per principio quest'autorità « *pater familias uti legassit super familia,pecunia tutelare suae rei, ita jus esto* (16).

Fu questa una completa emancipazione ; e la famiglia si mostra come un regno dumestico(17),

(1) Caio, *ivi*. Giustiniano, *Inst.*, *De test. ordin* , 1. Sulla mancipazione, V. *Infl. del crist.*, part. 1, c. 3.

(2) T. II, p. 243.

(3) *Infra*, n. 1430. Id. Byokershoeck, 2, *osserv* 2. Einеccio, *ivi*, § 16. Beaufort, *ivi*. *Contra*, Giraud *Dritto di Proprietà*, p. 257.

(4) T. IV, p. 38.

(5) Varrone, *De linguâ latinâ*, V, § 55.

(6) Plutarco, *Romulus*, § 42 (Amyot).

(7) Id. , §§ 42, 43.

(8) Cicerone *De republicâ*, lib. 2, § 14. Plutarco, *Numa*; § 28. Dionigi, lib. 2, § 74.

(9) *Infra*, n. 1430. Il mio, trattatello *Della Proprietà*, c. 17. *Infl. del crist.* , part. 1ª c. 3.

(10) *Infra* n. 1430.

(11) Papio. l.3, D , *Qui test. fac. poss. Infra* n. 1428.

(12) Niebuhr, *ivi*, p. 39.

(13) *Id. ivi*.

(14) Si sa che la sesta classe contava quasi per nulla. Beaufort, cap. *Distrib. del pop. rom.* l. III. Secondo Tit. Liv. III, 30.

(15) Giraud, *ivi*.

(16) Essa è diversamente rapportata. *Instit.*, *De lege falcidiâ*, novella 22, c. 2. Ulpiano *Frag.*, l. XI, § 13. Caïus , 2, *comm.* 224. Paul, l. 53, D., *De verb. signif.* Cicer., *De invent.*, 2, 50. Ved. Noodt, *Observ.*, lib. 2, c. 19. Heineccius, *loc. cit.* , § 10.

(17) *Regnum domesticum*, dice Heineccius, *De orig. test. fact.*, 12.

in cui il padre, signore e giustiziere di sua moglie, de'suoi figli e de' suoi schiavi, conservava in certa guisa, dopo la sua morte, il suo potere legislativo in tutta la sua maestà.

Il testamento *per aes et libram* sussistè lunghissimo tempo negli usi romani con alcune lievi modificazioni, di cui parla Caio (1). Chè nel dritto primitivo il compratore della famiglia era il vero erede; quando nelle epoche posteriori, il compratore della famiglia non era nominato che per la forma e per imitazione della vecchia usanza; e faceasi una vera istituzione dell'altra persona che voleasi avere per erede (2). Augusto testò in questa forma; Domizio avo dell'Imperadore Nerone, fu il suo *familiae emptor* (3). Gli eredi istituiti in prim' ordine dall'imperadore erano Tiberio e Livia; Tiberio per la metà, più un sesto, e Livia per un terzo. In mancanza di essi, Augusto chiamava Druso figlio e Tiberio per un terzo e pel resto Germanico e i suoi figli del sesso maschile; infine nominava in terz'ordine un gran novero de' suoi parenti e amici; facea de'legati al popolo romano, alle tribù ed a'suoi soldati (4). Le sue ultime volontà erano state scritte di sua mano (5) e messe in deposito appo le Vestali, le quali, dopo la morte di Augusto, portarono le tavole testamentarie per essere aperte e lette nel senato (6).

Il testamento mediante la mancipazione immaginaria era ancora in uso a tempo di Caio e d'Ulpiano (7); era esso la forma civile e nazionale, era il testamento veramente romano.

Ma il dritto pretorio che procedea parimente col dritto civile per mitigarne lo spirito rigorista e le impaccevoli forme, il dritto pretorio, dico, che opponeva ad istituzioni gelose altre istituzioni informate del profondo sentimento dell'equità naturale, inventò una sorta di testamento men solenne, men formalistico e men cinto di difficoltà. Questo testamento pretorio rigettò la minuziosa necessità della mancipazione, si contentò dello scritto contenente la volontà del testatore, attestata dalla firma di sette testimoni (8), cinque de'quali corrispondevano al numero civile, e gli altri due teneano il posto del *libripens* e del *familiae emptor* (9). Siccome il testamento pretorio non era una istituzione romana, siccome derivava non dal dritto civile, ma dall'equità, non avea la virtù di trasferire l'eredità; ma dava dritto al possesso de'beni (10); il che indirettamente tornava lo stesso.

Quest' equa invenzione esisteva fin da prima di Verre, il quale essendo pretore a Roma, fece a questo proposito un editto conforme in gran parte agli usi de' suoi predecessori, ma di cui Cicerone critica certi articoli volontariamente ambigui (11). Il troppo celebre pretore aveva messo in effetti nel suo editto un articolo, il quale non era che una tradizione del dritto onorario, o secondo il quale dichiarava che darebbe il possesso de' beni a chiunque gli presentasse un testamento firmato dal numero di testimoni richiesto (12). Ma egli aveva annullato quest'articolo col seguente, nel quale aggiungeva che, se non gli si presentasse testamento, darebbe egualmente il possesso do' beni a colui che si pretendesse erede; di guisa che era indifferente che il testamento fosse o no prodotto, e il perfido pretore restava in libertà di fare ciò che voleva, secondo che venisse comprato a prezzo di danaro.

Il testamento pretorio aveva soprattutto una grande utilità nelle provincie, e vi era ampiamente praticato (13). Esso costituisce un progresso nelle vie della libertà civile; e del pari che il testamento per *aes et libram* era stato un immegliamento sul testamento *calatis comitiis*, così il testamento pretorio fu un perfezionamento del testamento per *aes et libram*. Esso si separa maggiormente dal vecchio dritto, si purifica da ogni elemento politico e da ogni reminiscenza del dritto dello Stato. La sola volontà del testatore è quella che vi domina e che presiede al regolamento degli affari domestici. Il suo destino fu però lungo tempo secondario, e la sua efficacia indiretta ed obbliqua; esso era trattato come l'equità, di cui era l'emanazione. Gli onori appartenevano al testamento per *aes et libram*, creazione del dritto civile.

Ma sotto gl'imperatori cristiani, il dritto civile e il dritto pretorio essendosi ravvicinati per una felice consonanza, il testamento per *aes et libram* andò a fondersi nel testamento pretorio più completamente organizzato (14), e non se ne trova più alcun vestigio dopo Teodosio il giovine (15). Noi ne abbiam fatto conoscere le nuove forme nel corso di quest' opera (16). Egli è il dritto privato definitivamente vittorioso del dritto politico; è il passaggio completo del testamento nell'ordine delle formalità soltanto richiesto dalle necessità della prudenza e d' una saggia protezione. Siccome nulla più restava nella proprietà d' un antico assoggettamento al giogo dello Stato, e siccome essa poggiava sulla baso

(1) 2, comm. 103.

(2) Arrogi Ulpiano, fr. 20, 2.

(3) Svetonio, *Vita di Nerone*, 4.

(4) Svetonio, *Augusto* 101.

(5) La formola del testamento era, secondo Caio « *Haec ita ut in his tabulis cerisque scriptae sunt, ita do ita lego* » (2 comm. 104). Arrogi Ulp. *Fragm.* XX, § 9.

(6) Svetonio, *ivi*. Lo stesso autore parla del testamento di Tiberio (*Tib.* § 76). Brillon ha dato vari testamenti romani, *de formulis*, VII Arrogi Mabillon, *De re diplom. append.*

(7) *Ivi*.

(8) Instit. Giustin, *De test.* § 2 Ulp., Frag. tom. XXVIII, § 6.

(9) Pothier, *Pand. Qui test. fac. poss.*, § 32, nota l. *Infra*, n. 1615.

(10) L. 7 e 9, D. *De bonor. poss. sec. tab.*

(11) Cic. *In Verrem* act. 2 lib. 10, § 45.

(12) L'edizione di Pankoucke, t. VII, p. 204, à « *Secundum tabulas testamenti potissimum haereditatem dabo* » Einec. *ivi* § 22, e Pothier, *ivi*, leggono con più ragione: « *Possessionem haereditatis dabo.* » La continuazione prova esser questa la vera lezione » *Non dea possessionem... edicto de haereditatum possessionibus dandis.* » V. anche il n. 46 della medesima Verrina.

(13) Cic. *In Verr.*, *ivi*, n. 46.

(14) Instit. di Giustin. *De testamentis*, § 3.

(15) Giac. Gotofredo sulla l. 1, C. Teod., *De test.* discute l'epoca precisa, e la pone sotto Teodosio Juniore.

(16) Pel testamento chiamato nuncupativo, *infra* n. 1447, e pel testamento mistico, *infra* n. 1614. e s.

del dritto naturale così felicemente appropriato nell' ultima età romana ai precetti del dritto civile, il testamento doveva per un progresso parallelo godere della libertà, che è uno de' più preziosi attributi del dritto di proprietà.

Circa al testamento *in procinctu*, di cui bisogna toccar le vicissitudini, esso continuò ad essere in uso lungo tempo dopo la legge delle XII Tavole (1). Velleio Patercolo racconta, in fatti, che in una guerra combattuta in Spagna, Quinto il Macedone avendo ordinato l'assalto della città di Controbia, le cinque coorti legionarie incaricate di quella pericolosa intrapresa non marciarono alla pugna che dopo aver fatto il loro testamento *in procinctu*.

Ma quando la negligenza della nobiltà ebbe lasciato perdere l' arte degli auguri, quando gli affari della repubblica, e sinanche quelle guerre donde dipendeva la salute dello Stato, furonsi condotte senza auspici, quando gli auspici mancarono alla testa delle armate, all' assedio delle città, al passaggio de' fiumi, allora il testamento *in procinctu*, il quale si collegava alle pratiche religiose protettrici del soldato nelle sue pericolose spedizioni, cadde in disuso (2).

Tuttavia il Romano, che anche in mezzo alle più terribili preoccupazioni della guerra, provava il bisogno di non morire intestato, dovea restare liberato dalle formalità del testamento civile ed ottenere una libertà che non aveva nel pacifico soggiorno della città. Cesare fu il primo che accordò ai soldati la libera fazione del testamento (3). Egli aveva potuto vedere alla testa delle sue armate gl' inconvenienti che aveva il dritto ordinario per uomini semplici e turbati dall' imminenza de' pericoli (4). Più tardi questo privilegio, il quale non era dapprima concesso che per un certo tempo, fu consolidato da Tito, da Domiziano, da Nerone o Trajano; o le costituzioni imperiali ne fecero un dritto speciale (5). Il soldato fu affrancato dalle forme del dritto civile; e le ultime volontà furono mantenute, in qualunque modo fossero espresse (6).

Sicchè dunque, sia nel corso abituale della vita civile, sia ne' pericoli straordinari de'campi il testamento sfuggì agli incagli solenni delle forme religiose; e divenne un atto profano. Ormai esso appartiene molto meno all' ordine politico che all'ordine civile; e sebbene i giureconsulti, che sempre collegano i progressi del dritto nuovo ai principî del dritto antico, continuano a dire che la fazione del testamento è di dritto pubblico, certo è che il testamento cade ogni dì più nel dominio del dritto privato, e che quivi l' equità naturale lo à notevolmente semplificato, facilitato ed affrancato. Io non voglio altra pruova di questa trascrizione del testamento nel dritto privato che queste parole di Cicerone: « *In publicis nihil est lege gravius; in privatis firmissimum sit testamentum* (7). »

Del resto, non solamente a causa della movenza primitiva del suolo romano il testamento era stato assoggettato a formalità commemorative. Il genio romano eminentemente formalista avea curvato d' ogni banda il testamento sotto l' impero di forme sacramentali; e, sia nell' inviluppo esteriore, sia nel fondo delle disposizioni, quest' atto importante era stato primitivamente concepito in uno spirito di originalità nazionale atto ad imprimere in esso un carattere esclusivamente romano. Fu poscia lo sforzo dei Prudenti; del dritto pretorio e del dritto imperiale di trarlo fuori da questo mezzo geloso e di ravvicinarlo al dritto comune per la semplicità nella sua struttura e per l'equità nelle combinazioni interne.

Cerchiamo di abbozzare rapidamente questi progressi che del resto non son mai giunti al punto di perfezione, a cui è arrivato il testamento francese. In questo nuove vedute non è più, come pocanzi, l'antagonismo del dritto dello stato col dritto dell' uomo; è la lotta del sentimento dell' equità contro il materialismo delle forme; è la mitigazione d'un dritto civile essenzialmente aspro, assoluto e stretto coll' infiltramento del dritto naturale; è infine la conquista delle affezioni della natura e dei dritti del sangue sopra un potere domestico che, per erigere il padre di famiglia a cittadino libero, ne avea fatto il tiranno de' suoi.

E primamente nell' origine il dritto di testare non apparteneva che ai padri di famiglia romani; era negato ai figli di famiglia, alle donne ed agli stranieri: ai figli di famiglia, giacchè essi non aveano nulla in proprio, erano la cosa del padre; la legge delle dodici Tavole avea detto in termini esclusivi: *pater familias uti legassit*;

Alle donne (8); giacchè l' accesso de' comizi era loro chiuso ed esse erano incapaci degli atti del dritto pubblico (9).

Agli stranieri; dappoichè il favore del testamento era una dipendenza del dritto de' *Quirites* (10).

Ma, sotto gl' imperatori, i figli di famiglia poterono testare de' loro beni castrensi e quasi castrensi (11). Le donne non avevano neppure atteso questo tempo per essere investite del dritto di testare (12); è vero che l'autorizzazione de' loro tutori fu loro necessaria fintanto che il sistema della tutela delle donne non fu abolito (13). In quanto ai *peregrini*; si sa che sotto

(1) Velleio Patercolo, 2, 5. Cic. *De orat.*, 1, 53 *Infra* n. 1689.

(2) Cicerone lo stabilisce positivamente, *De natura deor.*, 2, 3, benchè altrove parli del testamento *in procinctu* come d' una cosa attuale, *De orat.*, 53.

(3) Ulpiano, l. 1, D *De test. mil.*

(4) Egli cita un caso in cui i soldati fecero il loro testamento: » *Vulgo totis castris testamenta obsignabantur.* » (Cesare, *De bello gall*, 1, 49) Floro (3, 10), racconta lo stesso fatto. Einoccio crede che questi testamenti furon conformi al dritto ordinario, § 15.

(5) Caio, l 2, D., *De testamento militis.*

(6) L. 1, D, *De test. mil.* Instit. Giust, *De mil. test.*

(7) Filipp. 2, 12.

(8) Einoccio, *Antic. rom.*, *De test.*, §§ 18 e 19. La mia Memoria sull' *Influenza* ecc. c. 4.

(9) Id.

(10) Id.

(11) Ulp. *Fr.*, t. XX, n. 10. Einoccio, *ivi*.

(12). Cic. *Pro Caecina*, VI. Valerio Massimo, VII, 8, 2. Plinio, epist 2, 2. Svetonio, *Galba* 5, Ulp., *ivi* § 15. V. Einoccio, *ivi*, § 19.

(13) *Influenza* ecc. parte 2ª c 10.

Caracalla tutti i sudditi dell'impero furon dichiarati cittadini romani.

Non è tutto; al principio, la sovranità del padre di famiglia aveva una tale estensione che egli poteva fare la distribuzione dei suoi beni senza occuparsi de' propri figli (1). Colui che aveva sulla sua famiglia il dritto di vita e di morte, era con più ragione arbitro di non render conto a nessuno dello impiego e della destinazione del suo patrimonio. Ma questa durezza aristocratica non poteva resister sempre al grido della natura. Ecco dunque lo sbieco preso dalla giurisprudenza per eludere lo spietato rigore della legge. Se il padre di famiglia, dimentico del suo proprio sangue, si taceva sul conto de' figli, si supponeva ch' egli era in qualche guisa colpito da demenza (2), e malgrado il dritto stretto, si dichiarava inofficioso un testamento sì contrario a' doveri dell' affezione paterna (3). Di più venne ordinato al testatore di non pronunciare diredamento che per cause (4) che potessero esser discusse in giudizio (5). Giustiniano determinò queste cause con una stretta precisione (6), affin di prevenire degli abusi di autorità e spiacevoli contestazioni.

Si andò anzi fino ad assicurare una legittima agli eredi a'quali era stata data la querela d'inofficiosità (7); e con ciò soprattutto, la dittatura del padre di famiglia consacrata dalla legge delle Dodici Tavole fu vinta da questo potere del dritto de' figli che Valerio Massimo chiama sì bene: « *Arctissimum inter homines procreationis* « *vinculum* (8). » Si è ciò che faceva dire a « Pomponio: *Verbis legis XII Tabularum his,* « *uti legassit suae rei, ita jus esto, latissima* « *potestas tributa videtur.... sed id interpreta-* « *tione coaugustatum est, vel legum vel aucto-* « *ritate jura constituentium* (9) ». È curioso leggere in Valerio Massimo diverse cause di inofficiosità di cui questo autore ci ha conservato i particolari. Tutte son giudicate, non più dalla legge delle Dodici Tavole che sembra una lettera morta, ma da considerazioni superiori tratte dall'ordine delle affezioni e de' dritti della natura (10).

Sonovi tuttavia ancora sulla costruzione del testamento severi ordinanze. Faceva mestieri che il testamento contenesse necessariamente una istituzione di erede; l'istituzione era il principio ed il fondamento di quest' atto supremo, e non poteva cadere che su persone riconosciute capaci dalla legge civile. Che se il testamento era nullo per manco d' istituzione, questa nullità traeva seco falsamente e ciecamente quella de' legati. Per una singolarità tutta romana, niuno poteva morire *partim testatus, partim intestatus*. La successione non poteva esser governata ad un tempo e dal testamento o dalla legge successorale (11). Colui che era instituito solo in parte attraeva tutto a sè per la forza della instituzione ed il testamento era tutto o nulla. Da un' altra banda la forma de'legati era sacramentale, ed il loro effetto era subordinato a delle formule (12). Infine vi eran delle formalità per l' apertura, per l' adizione, per la devoluzione de' beni; non si conosceva mica la regola: « il morto investe il vivo, » e l'intervento del giudice era necessario affin di operare la transizione da un possessore ad un altro (13).

Ma la libertà civile, volendo sottrarsi alla piupparte di questi incagli, inventò i codicilli e soprattutto i fedecommessi, ed il genio filosofico sviluppandosi sotto gl' imperatori permise a questi mezzi più semplici o anche indiretti o sbiechi, di giungere allo scopo cui il dritto civile otteneva col suo formalismo pesante e complicato (14). Si doverono anzi eludere delle incapacità che ferivano delle affezioni riconosciute dalla natura, ma soffocate dalla politica. Si è ciò che verremo spiegando nel parlar che faremo della legge Voconia e delle leggi decimarie.

Controbilanciò quindi la volontà dell' uomo quella del dritto stretto, e gli uomini onesti si crederono ligati ben più dalle ultime intenzioni del defunto che dalle prescrizioni di una legge minuziosa e sottile (15). Plinio il Giovine insegnava e praticava la religiosa osservanza della volontà dei morti; diceva che valeva meglio vedere ciò che il testatore avea pensato che ciò che aveva scritto (16), ed Ulpiano poteva scrivere sotto gli imperatori: « *Nec ex rigore juris civilis pro-* « *ficiscitur, sed ex voluntate datur relinquen-* « *tis* (17) ». Catone il vecchio, con la sua durezza repubblicana, avrebbe fremuto di queste parole, in nome del dritto stretto abbandonato.

Non vo' lasciare il mondo romano senza parlare di alcune incapacità passive che dipingono i suoi costumi in certe epoche e che spiegano le eque invenzioni del dritto pretoriano ed imperiale per uscir dalle severità del dritto stretto. Ei v' à sempre da apprendere nel dritto romano, sia quando illumina la mente con la sua profonda ragione, sia quando la stupisce con le sue anomalie.

Si sa che le donne eran chiamate dalla legge successorale a succedere al loro padre, al pari de'figli maschi sotto potestà. L'origine di questo dritto si perde nel buio dei tempi italici. Virgilio in fatti c' insegna che Lavinia, figlia unica di

(1) Cicerone cita un fatto che si riferiva a questo dritto, *De Orat.*, 1, 38. Arrogi Val. Mass., VII, 7, 1. L. 11 in fine, D., *de lib. et posth.*

(2) Giustin., *Inst.; De inoff. test*: « *Hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint, eum testamentum ordinarent.* »

(3) Giustin., *ivi*. Questo dritto esisteva dal tempo di Cicerone, *De Orat.*, 1, 38. Val. Mass., VII, 7, 1 e s.

(4) Val. Mass., *ivi*. Plin., epist. 5, 1.

(5) *Infra*, n. 739. Caio, 2, § 123. Giustin., Inst. *De exhaered. liber.* Val. Mass. 7, 7, 3 e 4. Brillon, *De formulis*, VIII.

(6) Nov. 115.

(7) Paul., *sent.* 4, 5, 5. Ulpian., l. 8. § 9, D., *De inoff. test* Justinian., l. 31, C., *De inoff. test.*, ed *Instit.*, *De inoff. test.*, § 3. Plin., *epist.* 5, 1. Heineccius, *Antiq.*, *Quib. modis test. inf.*, § 7.

(8) VII, 7, 2.

(9) L. 120, D., *De verb. signif.*

(10) *Loc. cit.*

(11) *Infra*, l. III, n. 1689.

(12) *Infra*, n. 1793. Heineccius, *Antiq.*, *De legat.*

(13) *Infra*, n. 1815, 1823. 1824.

(14) I fedecommessi ricevettero lor sanzione sotto Augusto (*Inst.*, *de Fideic.*, § 1), e da questo principe in poi ebbero anche autorità legale i codicilli (*Inst.*, *de Codic.*).

(15) Influenza ecc. part. 1, c. 4.

(16) *Epist.*, 4. 10.

(17) *Frag* XXV, 1.

Latino, doveva succedere a questo re, e che Latino, dandole Enea per isposo, si diedo in pari tempo un erede pel suo trono (1). Tutte le tradizioni istoriche sono conformi al racconto del poeta.

Le donne potevano esser anche instituite eredi, in virtù del potere sovrano del padre di famiglia per disporre de' suoi beni. Così fu per lunga pezza; e fino a Catone, le due successioni (legale e testamentaria) procederono su di un piede di eguaglianza sotto il rapporto della capacità delle donne per raccorre.

Ma Catone, che vedeva nell' influenza delle donne un elemento di distruzione per l' ordine civile romano, credè essere di una saggia politica porre un freno al loro lusso ed al loro spirito d' indipendenza.

Siccome l' emancipazione delle donne faceva progressi in grazia de' costumi, volle assoggettarle mercè le leggi. Quinci, la celebre legge Voconia di cui abbiamo in mente dir qualche cosa.

Questa legge, posteriore di una trentina di anni alla legge Cincia che trattava solo delle donazioni tra vivi (2), ebbe dunque per iscopo di porre un freno al progressivo movimento della emancipazione delle donne, considerata da Catone come uno dei flagelli della repubblica (3). Essa non si occupò nè delle successioni *ab intestato* che poggiavano sull'antica organizzazione della famiglia, nè delle donazioni tra vivi le quali, nello stato delle leggi e de' costumi, non offrivano mica gravi pericoli. Concentrò la sua attenzione sulle successioni testamentarie, e volle che i fondi di un certo valore non potessero passare, per la via della istituzione di erede, nelle mani delle donne per arricchire il loro patrimonio ed incoraggiare il loro spirito d' insubordinazione. Catone, dopo di aver combattuto senza successo l' abrogazione della leggo Oppia la quale poneva severi limiti al lusso delle donne (4), tentò di rivendicarsi con la legge Voconia; ne fu lo ardente istigatore, e la sostenne con tutta l' energia della sua ruvida eloquenza (5). Essa decideva che colui che era inscritto al censo per 100, 000 assi, ed al di sopra, non potrebbe instituire una donna per sua erede (6), 100, 000 assi era il minimo delle fortune ove potevan trovarsi il lusso cui Catone combatteva e l'influenza politica che intendova conservare alle antiche istituzioni minacciale dall'ascendenza delle donne. Co' proprietari di 100,000 assi e al di sopra aveva il re Servio formato le ottanta centurie che, unite alle diciotto centurie di cavalieri, costituivano la prima classe (7). Queste novantotto centurie decidevano ordinariamente delle elezioni (8); chè la sorte sceglieva nella prima classe la suddivisione che doveva votare la prima e che chiamavasi *praerogativa*; e come la superstiziono vedeva in questa designazione la manifestazione di una volontà superiore, il suo voto traeva seco quello della classe intiera (9). Da ciò un'altra conseguenza, che in caso di unanimità della prima classe (il che accadeva quasi sempre), non era necessario discendere alle altre centurie, e ciò per la ragione ben semplice, che le novantotto centurie della prima classe, avendo la maggioranza sulle novantuno centurie rimanenti, che chiamavansi *infra classem* (10), v'era decisione sovrana e necessaria nello accordo unanime della prima classe (11). Si comprende dunque l'interesso di Catone nel sottrarre all' elemento femineo questa prima classe la cui autorità era preponderante e nel conservare le fortune in mani virili. Salvare questa classe da un contatto pernicioso, era a parer suo un salvar la repubblica; era un mantener l'autorità del passato di cui con ostinazione egli amava le istituzioni, lo spirito ed il linguaggio (12).

Ma non era egli un sacrificare la natura alla politica e fare al cuore paterno una insopportabile violenza?

Pertanto un padre (o colmo della iniquità!) non era più arbitro di dare all' unica sua figlia il dolce ed onorevole titolo di erede; costei non poteva rappresentarlo dopo la sua morte, nè continuare e sostenere la sua persona (13). Un marito era incagliato dagli stessi ostacoli rispetto alla moglie, una madre rispetto alla figlia(14). Laonde Cicerone diceva, nella sua *Repubblica*, che questa legge era piena d'ingiustizia: « *Quae* « *quidem ipsa lex*, *utilitatis virorum gratia* « *rogata*, *in mulieres plena est injuriae* (15). » Perciò fu elusa con diversi mezzi, ed ecco come: Ed innanzi tratto, siccome il censo non era sempre tenuto con molta esattezza, e le pene comminate da Servio contro coloro che non vegliavano alla loro registratura (16) non erano applicate con tutta la severità desiderabile, coloro che volevano testare in favore delle loro mogli o delle loro figlie prendevano la precauzione di

(1) Externusqun in regnum quaeritur haeres.
(Virgil. *Aeneid.*, VII, v. 425.)

(2) La legge Cincia è del 550; la legga Voconia par sia del 585. Giraud sulla l. Voc., p. 576.

(3) Tit. Liv. 34, 2, 3.

(4) Tit. Lib. 34, 1 et suiv.

(5) Cicer., *De senectute*, 5.

(6) Caïus, 2. comm. 274: « *Item mulier quae ab ea* « *qui centum millia aeris census est, per legem Vaconiam haeres institui non potest, tamen fideicommisso* « *relictam sibi haereditatem capere potest.* » Dian, 56, 10. Il traduttore latina così volgo il testa: « *Quumque* « *lege Vaconià mulieres prahiberentur majorem centum* « *millibus nummorum haereditatem adire, ea quoque* « *lege quasdam Augustus solvil*, » Niebuhr, t. VI, p. 34,

(7) Tit. Liv. 1, 43. Plin. *Hist. nat.*, 33, 13. Aul. Gell. 7, 13, 10, 28. Cicer., *De republica*, 2, 22.

(8) Tit. Liv. *loc. cit.*

(9) Cicer., *De divinat.*, 1, 45, et 2, 40. *Pro Murena*, 18.

(10) Aul. Gell. VII, 13,

(11) Tit. Liv. 1, 43.

(12) Aulo Gellio allude due volte al suo discorso sulla legge Voconia, VII, 13, e XVII, 6.

(13) Sant' Agostina, *De civit. Dei*, lib. 3, col. 21. Montesquieu, *Spir. delle leg.*, lib. 27, c. 1.

(14) Cicer., *De republica*, III, 7: « *Cur non sit haeres* « *matri suae?* »

(15) Id.

(16) Cicer., *Pra Caecina*, n. 34. Beaufort, t. I, p. 31, ch. *Des censeurs*.

Digitized by Google

non farsi iscrivere fra' *censi*. Ciò posto, si esentavano dalla legge Voconia, la quale col suo testo non si applicava letteralmente che a' *censi*, ed i pretori veoivano in aiuto nelle loro decisioni a questa interpretazione benigna di una leggo odiosa.

Da un' altra banda, le fortune potevano aumentarsi da un censo all' altro, o colui che, al tempo della censuazione non aveva che 70,000 assi, potova averne acquistato il dopplo al momento in cui moriva e prima dolla censuazione seguente; e nullameno era alto a testare a favoro di una donna, secondo i registri, poichè questi dichiaravano la capacità. Da questo nuovo punto di vista, la legge Voconia si trovava impotente.

Verre avendo voluto adottare un' altra giurisprudenza, fu stimatizzato da Cicerone (1). P. Annio Asello aveva cessato di vivere durante la pretura di C. Sacerdote predecessore di Verre; aveva una figlia unica e non era iscritto sul ruolo de' censori. Questo affettuoso padre, obbedendo al sentimento dolla natura (2) e credendo non infrangere alcuna legge, aveva instituita questa figlia per sua erede (3). La giovinetta aveva per sè l' equità, la volontà del padre, le ordinanze de' pretori, la giurisprudenza costantemente seguita fino alla morte di Asello. Ma Verre non era uomo da arrestarsi innanzi a queste rispettabili barriere. Seppe che Asello aveva iostituito in secondo ordine L. Annio; lo feco venire, e mentre che eccitava la sua cupidigia e preparava gli elementi di una lite, faceva fare a' tutori della giovinetta delle proposizioni per attutir lo affare mercè una grossa somma che le sarebbe pagata. Questa vergognosa convenziuno fu respinta da' tutori che non avrebbero saputo a qual titolo spiegare legalmente uoa tale spesa, nel loro conto di gestiune. Verre non temè allora di applicar la legge Voconia ad uo caso al quale non era punto applicabile. Si diede poca briga che Asello non fosse iscritto su' registri del censo; e calpestando la volontà del defunto, le leggi della natura, l'equità, i precedenti, il testo istesso della legge Voconia, aggiudicò la successione a colui che aveva prumesso di tenergliene conto. Le parole con cui Cicerone qualificò questa prevaricazione sono ammirevoli soprattutto per l' omaggio, che rendono al dritto delle figlie, e per la consacraziono del dovere do' padri verso di esse. Del resto per atterrare proprio Verre, gli rammenta, che una certa Anoia, donna ricchissima di danaro contante (*pecuniosa mulier*), ma i cui beni non erano stati compresi nel censo, aveva instituita sua figlia, eol consenso di tutti i parenti (*de multorum propinquorum sententia* (4)). Tra le altre testimonianzo della upinione pubblica, gli oppone questa rifulgente pruova di una pratica equa audacemente sconosciuta dalla sua arbitraria giurisprudenza.

Il mezzo tratto dalla non iscrizione sul censo non era mica il solo, ce n' era un altro molto più frequente, e che arrecò i più fieri colpi alla legge Voconiana. Fu l'uso de' fedecommessi: si incaricava lo erede apparente di restituire il fondo alla figlia o alla moglie diseredata, ed il sentimento pubblico onorava coloro, che fedeli alla volontà suprema, di cui erano depositari, preferivano lo adempimento della loro promessa all'osservanza di una legge odiosa. P. Sestilio Rufo, erede apparente di Fodio Gallo, aveva ricevuto dal testatore la preghiera di restituire la sua successione alla figlia Fudia. Rufo negò la esistenza di questo mandato verbale, e quinci divenne padrone d' un' immensa proprietà. Ma, dice Cicerone, se avesse seguito lo avviso di coloro, che pongon l' onore e la virtù prima dellu interesse, non ne avrebbe ritenuto neppure un sesterzio (5). Non fu mica tale la condotta di Sesto Peduceo. Un cavaliere Romano, C. Plozio, gli aveva trasmesso la sua eredità senza condizione nota. Che fa egli? Si preseota in casa della vedova, che ignorava tutto, le rivela le ultime volontà del marito, e pone l'eredità nelle sue mani (6). Laonde Peduceo è lodato da Cicerone, come un modello di giustizia o di probità, come uno di quegli uomini onesti, che senton la forza della legge naturale, che tolgono a guida il dovere, e non il lucro, e cho obbediscono alla retta natura, e non ad una ragione depravata (7).

La legge Voconia aveva un secondo capitolo. Portava, che il legatario non potrebbe mai aver più della porzione dello erede istituito (8). Fu un altro colpo arrecato alla capacità delle donne. Infatti, se il testatore avesse voluto usare del dritto assoluto di fare de' legati consacrati dalle Dodici Tavole, avrebbe potuto far giungere alla figlia, o alla moglie mercè il legato ciò di cui non poteva investirla a titolo di erede (9). Era dunque forza chiudergli questa via, e ciò appunto feco la legge Voconia con la sua ostile abilità. Saremmo indotti a credere, attenendooi alla generalità del testo, che questa seconda disposizione obbedisso meno alla sua avversione per le donne, che alla necessità, che più tardi fece promulgare la legge Falcidia (10). Ma questo sarebbe un errore: chè bastava, che ciascun legatario avesse meno dello erede, perchè nulla impedisse al testatore di esaurire la eredità con una moltitudine di piccoli legati fatti a differenti persone (11). Adunque la legge Voconia preoccupavasi meno dello interesso dello erede che della sua inimicizia politica contro le donne (12).

Da ciò seguiva, che il massimo del legato, che una figlia, o una moglie poteva sperare, era la metà de' beni (13).

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

(1) *In Verrem*, act 2, lib. 1, n. 41.
(2) « *Eum natura hortabatur.* »
(3) « *Ut filiam bonis suis haeredem institueret.* »
(4) N. 43.
(5) *De finibus*, 2, 17.
(6) Id., 28.
(7) « *Non voluptatem, sed officium sequi, plusque recetam naturam quam rationem pravam valere.* » (*Loc. cit.*)
(8) Cicer., *In Verrem*, art. 2, lib. 1, c. 43. Caius, 2, *comm.* 226.
(9) Justinian., *Instit.*, *De leg. falcid.*
(10) Caius, *loc. cit.*, 227.
(11) Id., n. 226.
(12) Montesquieu, liv. 22, ch. 1.
(13) Quintilian., *declam.* 264. Balduinus sulla l. Voconia.

Or poichè voleansi porre dogli incagli alla ricchezza delle donne, questa disposizione era essa ben concepita? Cicerone si avvale di questa obbiezione per biasimare la legge Voconia, anche ponendosi nel suo proprio punto di vista. Perchè la figlia di Crasso, dice egli, potrebbe possedere cento milioni di assi, cho le avrà legati suo padre? Perchè la mia non potrebb' ella possedere i tre milioni di assi, che fan tutta la mia ricchezza? (1).

Lo abbiamo già detto: Il primo capitolo della legge Voconia non potè resistere al potere del dritto naturale; i fedecommessi soprattutto ne fecer giustizia.

Divenuti favorevoli sotto Augusto, e protetti da questo principe (2), servirono di mantello legale alle trasmissioni fatte allo donne. Al tempo di Caio (3), il dritto comune riconosciuto, e consacrato vedeva ne' fedecommessi un mezzo regolare di fare a favor loro ciò che la legge Voconia vietava con la via diretta dell' instituzione di erede. Non doveran dunque lasciare che un' autorità nominale a questa legge, sebbene questo giureconsulto ne parli ancora, come di qualche cosa di presente (4), Aulo Gellio ce la rappresenta come trascinata dallo straripamento dell' opulenza romana (5); avrebbe fatto meglio di dire dal potere de' sentimenti impressi nel cuore dell' uomo.

Da un altro canto le leggi decimarie resero la legge Voconia inapplicabile alle donne, che col loro matrimonio, e col numero de' loro figli, si trovavan chiamate a raccorre i decimi autorizzati in loro favore. Di tal che, per ogni verso il vecchio concepimento di Catone si trovava scrollato da'suoi cardini.

In quanto alla seconda parte, fu sostituita dalla legge Falcidia, che riserbò allo erede il quarto del patrimonio, e sottomise alla riduzione tutti i legati, che eccedevano i tre quarti de' beni.

Si vede, che sotto il regno di Augusto la legge Voconia fu paralizzata in due modi; co'fedecommessi, e con le leggi decimarie. Quest' ultimo punto richiede qualche spiegazione; è curioso studiare come le leggi decimarie vennero a rilevare le donne maritate dall'incapacità Voconiana.

Augusto aveva trovata la repubblica sfinita, per lo spopolamento, e per la corruzione de'costumi. Le guerre civili non eran l' unica causa del vuoto della città: si era pure lo allontanamento de' Romani dal matrimonio, ed il loro gusto per le licenze del celibato. Augusto tentò nella sua vecchiaia di restituire al matrimonio il suo onore, e la sua dignità. Ho più volte parlato delle sue leggi riformatrici a tal riguardo (6); le ho qualificate. Per manco di un altro movente, prendevano il popolo romano dal lato dello interesse, per ravvivare in lui lo spirito di famiglia già ottuso. Riuscirono mediocremente, perchè in luogo di indirizzarsi al cuore, all' affezione, alla virtù, esse non parlavano che il linguaggio arido di una politica fiscale.

Checchè ne sia, Augusto volle favorire il matrimonio, e dippiù incoraggiare le unioni feconde. Egli decise adunque fra le altre combinazioni, con alcune disposizioni, che portarono specialmente il nome di leggi decimarie (7), che la sola esistenza del matrimonio darebbe ai conjugi il dritto d' istituirsi in un decimo (8) della totalità de' loro beni (9). Questa era la loro ricompensa per aver preferito il matrimonio al celibato; perciò Ulpiano dice, che il decimo era attribuito *matrimonii nomine* (10).

Se l' uno de'conjugi avesse de'figli da un precedente matrimonio, egli diveniva capace di ricevere per testamento un decimo per ciascun figlio, oltre del decimo matrimoniale, di tal che il conjuge, che avesse avuto, per esempio, nove figli, era capace di raccogliere la totalità del patrimonio del disponente; cioè nove decimi a causa de'suoi figli, e un decimo a causa del matrimonio.

Già si scorge, che la legge Voconia era divenuta virtualmente incompatibile col sistema delle leggi decimarie (11). Essa aveva voluto esaurire le fonti del lusso; ma bisognava ravvivare le sorgenti della popolazione, e per riuscirvi Augusto permetteva, a titolo di ricompensa, ciocchè la legge Voconia vietava per vedute suntuarie.

Le leggi decimarie non si limitavano a questo. Quando vi erano de' figli nati dal comun matrimonio, tutto era disponibile fra conjugi (12). Che se i figli non erano sopravvissuti, ecco quale era la capacità de' conjugi. Un figlio morto dopo il giorno solenne in cui si era uso di dare un nome al neonato, e che si chiamava *nominum dies* (13) dava capacità per un decimo. Duo figli trapassati dopo quest' epoca rendevano capace di ricevere due decimi (14). Se tre figli erano premorti, i coniugi avevano piena capacità per donarsi per testamento tutto il loro avere (15); era lo stesso se essi avevano perduto un figlio di undici anni, o una figlia di dodici anni, o se avevano ottenuto il *jus liberorum* (16). Altri casi erano ancora preveduti, mi sarebbe inutile enumerarli (17). Noi abbiamo abbastanza detto per

(1) *De republica*, III, 7.
(2) *Instit.*, *De fideic. haered.*
(3) 2, *comm.* 174.
(4) Id.
(5) 20, 1.
(6) Justin. *Inst. De leg. falc.*
(7) *Infl.* ecc. part. 2, c. 3. Pref. del mio *Comm. del Contr. di Matr.*, p. XLVI e s.
(8) Einecc. lib. 2, c. 14, n. 1.
(9) Udileno, *Fr.*, 1. XV e XVI.
(10) Eineccio stabilisce benissimo (n. 2) (e del resto la cosa è evidente) che era il decimo della totalità del patrimonio e non il decimo di ciò che erasi legato, come dice a torto Benech, p. 30.
(11) *Ivi.*
(12) Montesq. lib. 27, cap unico Giraud sulla l. Voconia.
(13) Ulp. *Fr.*, 1. XV e XVI, n. 1. Eineccio, *ivi*, n 4.
(14) Nella mia *Influenza* ecc (part. 2ª c. 3) è corsa una menda tipografica. Invece di: « *Les epoux pouvaient se donner la totalité de leurs biens, s'ils avaient trois enfants* » bisogna leggere: *s' ils avaient des enfants* »
(15) Ulp. *ivi*. Einecc. *ivi*.
(16) Ulp. *ivi*.
(17) Ulpian, t. XVI, n. 1.
(18) Heineccius, *loc. cit.*, 2, 15, n. 8.
(19) Ulpian., t. XVI, Eineccio à dottamente percorsi tutti i casi e spiegati i testi, 2, 14 e 15.

Digitized by Google

mostrare quante modificazioni aveva ricevuto la legge Voconia dalle leggi decimarie. Non mentoveremo cho una disposizione particolare, che autorizzava i conjugi, benchè non avessero figli, a doarsi oltre il decimo attribuito al matrimonio, *matrimonii nomine* l'usufrutto del terzo de' loro beni (1). Questo era un novello incoraggiamento dato al matrimonio, e questa combinazione ricotrava tanto nelle previsioni naturali degli sposi per assicurare il loro avvenire, quanto ne' divisamenti politici di Augusto.

A questo proposito si presenta un aneddolo, il cui chiarimento, sebbene difficile, ci farà andare più avanti nel nostro soggetto.

Io ho detto nell'*Influenza del Cristianesimo sul diritto romano* che Augusto avendo voluto lasciare il terzo de' suoi beni a Livia, sua consorte, madre di due figli, (2) e che a questo titolo non aveva dritto che a due decimi, la fece al Senato rilevare dalla sua incapacità. Questo punto d'istoria ha dato luogo a diverse interpretazioni. Cuiacio ha pensato, che Livia era incapace, dopo la legge Voconia, e che Augusto ottenne per lei il privilegio d'una derogazione a questa legge d'incapacità (3). Einecio insegna al contrario, che Cuiacio non ha punto toccato la difficoltà (4). Secondo lui non era già quistione della legge Voconia; giacchè questa legge si era trovata virtualmente abrogata dalle leggi decimarie in ciò che riguarda le donne maritate, e madri. Solamente a queste leggi decimarie bisognava ottenere una derogazione in favore di Livia, ed eccone la ragione: giusta il dritto stabilito dalle leggi decimarie, Livia non poteva ricevere che due decimi, l'uno *matrimonii nomine*, l'altro a causa di suo figlio Tiberio nato dal suo precedente matrimonio con Nerone. È vero ch'ella si era sgravata d'un figlio durante il suo matrimonio con Augusto; ma questo figlio non era vissuto sino al giorno de' nomi. Adunque acciocchè ella potesse prendere tre decimi in cambio di due, lo faceva d'uopo un privilegio. Einecio crede la sua interpretazione tanto più probabile in quanto Dione c'insegna, che il Senato avea dato a Livia il *jus trium liberorum* (5).

Vediamo questi fatti più da vicino.

Livia aveva avuto un figlio dalle sue prime nozze con Tiberio Nerone, e Tiberio Nerone succedè ad Augusto (6). Allorchè ella passò nelle braccia di Ottavio, era incinta del suo primo marito (7) e qualche mese dopo il suo secondo matrimonio si sgravò di Druso, che fu renduto a suo padre. Così andavano le cose in quella società senza pudore. Per dare un colore a questo vergognoso commercio tra un marito che cedeva la moglie, e il triumviro innamorato, al quale niente osava resistere, si consultò il collegio de' pontefici per sapere se questa unione fosse legittima, essendo il figlio concepito, e non ancora nato (8). La risposta non era dubbia. Ottavio ricevette Livia dalle mani di Tiberio Nerone, che in virtù della potestà maritale, simile a quella d'un padre che dispone della mano di sua figlia (9), la cedè a quest'altro conjuge (10). Livia non ebbe più figli. *Nullam post hac sobolem edidit*, dice Tacito (11). È vero, che divenne incinta; ma partorì prima del tempo (12).

In quanto a Druso, suo secondo figlio, egli morì (13) nel 745 della fondazione di Roma (14), dopo aver dato delle belle speranze (15). I magnifici funerali, che gli furono fatti, comprovano il cordoglio di Augusto (16) ed allora fu, che per consolare sua madre Livia le venne accordato il *jus trium liberorum*. È qui interessante di notare, che sebbene la legge Papia Poppea, di cui le leggi decimarie faccan parte, non fosse stata definitivamente promulgata, che nel 762 (17) sotto il consolato di Papio Mutilio, e di Q. Poppeo Secondo, Augusto ne avea però preparata l'esecuzione difficilissima ad ottenersi da una società infermentita nel male, con isvariati saggi (18). Fin dal 736 (19) le idee di questa legge, che portò dal principio il nome di legge Giulia, erano state formulate in un senatoconsulto (20) destinato, secondo Einecio, ad essere sottomesso al suffragio delle tribù (21); ma secondo lo stesso autore, questa legge celebrata da Orazio, sicome la speranza dell'impero, fu rifiutata dal popolo nel 737, ed i libertini diedero gridi di gioia per questo rifiuto, che faceva trionfare i loro illeciti amori (22). Sicchè non sarebbe la legge Giulia stata promulgata nel 757, per divenire obbligatoria nel 762 (23) sotto il nome di Papia Poppea, se non con gravi modifiche nel progetto di Augusto, e dopo lunghe e numerose resistenze (24). Quest'opinione di Einecio sul rigetto della legge nel 737 s'appoggia su d'un passo di Svetonio (25), ma sembra difficile di ammettere, che l'insieme del pensiero di Augusto restasse sotto il colpo di un assoluto rigetto. Essa si componeva di differenti parti: se dall'un canto pene severissime erano emanate contro il celibato, dall'altro considerevoli ricompense erano accordate

(1) Ulpian., *loc. cit.*, l. XV, L. 10, D., *de praescrip. verbis*. L. 48 D., *De usuf.* Cujac., *observat*, 10, 17. Heineccius, 2, 14, n. 5.
(2) Svet. *Aug.*, 101. Dione, 56, 32.
(3) Salle Inst., *De leg falc.*, *in proemio*.
(4) *Ivi*, n. 3.
(5) Lib. 55, n. 2.
(6) Tacit. 1, *Annal.*, 3; 2, 34; 5, 1.
(7) Tacit. 1, *Annal.*, 10; 5, 1. Plutarc. *August* 84.
(8) Tacit. 1, *Annal*, 10.
(9) *Filiae loco* (Caius, *Comm.* 1, 9111, 114).
(10) *Influenza ecc.* part. 2, ch. 6.
(11) 5. *Annal.*, 1.
(12) Plutarco, *August.* 82.
(13) Tacit. 1, *Annal.*, 3.
(14) Dion, 55, 2.
(15) Tacito, *Germania*, 34. 37.
(16) Tacito, 3, *Annal.*, 5.
(17) Dione 56, 10. Heineccius, lib. 1, c. 3, n. 2 et 3.
(18) Vedetene l'andamento in Heineccius, lib. 1, c. 3, n. 2 e 3.
(19) Dione, 54, 16
(20) Orazio, *Carmen. seculare* v. 17.
(21) Ein. *ivi*
(22) Properzio, lib. 2, *eleg.* 7.

Gavisa es certe sublatam, Cynthia, legem,
Qua quondam edicta flemus uterque diu
Ne nos divideret; quamvis diducere amantes
Non queat invitos Juppiter ipse duos.

(23) Svet *Aug.*, 34.
(24) Ein. *ivi.*
(25) Svet. *ivi.*

al matrimonio. Le leggi decimarie erano soprattutto consacrate alle ricompense, e non si comprende, perchè il disfavore de'Romani ne avrebbe respinto le disposizioni. Ciò che havvi di certo è, che prima della legge Papia Poppea, fuvvi una legge Julia su'caduchi, di cui Ulpiano (1) e Giuliano (2) fan menzione e della quale non ha dovuto restar traccia, se non perchè ha ricevuto esecuzione. Or questa legge Julia non può essere che la legge concepita nel 736 (3); bisogna credere che prima d'essere nel 762 fusa nella legge Papia Poppea, era stata legge dello Stato. Ciò che non è men sicuro si è che nel 745 si vede il senato accordare a Livia il *jus liberorum* organizzato dalle leggi decimarie. Queste leggi non avean dunque atteso fin al 762 per divenire leggi dello Stato. È vero che sotto Cesare alquanti privilegi erano stati accordati a certe persone che avean tre figli (4), ma il *jus liberorum* non era punto sistemato e definito. Sotto Augusto (5) in virtù delle leggi decimarie esentò le donne dalla tutela (6) e diè dritto a' decimi (7). Bisogna dunque riconoscere che il *jus liberorum* accordato a Livia suppone la preesistenza delle leggi decimarie e tutto diverrebbe inintelligibile, se il *jus liberorum* non fosse stato consacrato che nel 762.

E notate bene che, quando Dione fa intervenire il Senato per amplificare la capacità di Livia, non può fare allusione che alla concessione del *jus liberorum* nel 745; concessione che le conferiva una intera capacità per ricevere dal marito (8). Non fu già, al momento di testare che Augusto ricorse all'autorità del Senato. Secondo Svetonio, egli testò nel 766 (9). Ora a quell'epoca Livia, da lungo tempo investita del *jus liberorum*, non avea d'uopo d'alcun nuovo privilegio per ricevere da Augusto il terzo dell'eredità, poichè ella avrebbe potuto ricevere l'intero. Convien dunque rimontare al 745 per avere la spiegazione della circostanza rammentata da Dione, e riferendovisi si trova anche la prova che le leggi decimarie furono in vigore prima del 762.

Le leggi decimarie si conservarono per qualche tempo nella società romana, malgrado le frodi che furon messe in pratica per oltrepassare i decimi autorizzati. Tra queste frodi, si può citare la seguente: una donna si costituiva in dote tutt'i suoi beni e co' suoi patti nuziali stipulava che questa dote apparterrebbe al marito. Costantino si diè a combattere questo mezzo indiretto di eluder la legge (10).

Non è tutto: e siccome la leggi decimarie non concerneano che le liberalità testamentarie, si adoperava la via de'fedecommessi per realizzare così delle liberalità che regolarmente non poteano farsi col testamento (11). Tertulliano ha fatto allusione (12) a questo caso, e Papiniano ce ne ha lasciato un esempio: Tizio, morendo, avea lasciato una moglie, la quale non poteva ricevere per testamento che il decimo attribuito al matrimonio e l'usufrutto del terzo de' beni; egli istituì il padre di sua moglie per erede. Il successore *ab intestato* credè vedere in questa istituzione un fedecommesso fraudolento che avea per iscopo di vantaggiar la moglie al di là dei decimi autorizzati dalle leggi decimarie. Consultato su tal quistione Papiniano, rispose che se l'erede *ab intestato* non avea altra prova del fedecommesso che l'affezione del padre per la figlia, la sua pretesa non era fondata (13). Ma Costantino sconcertò questi sotterfugi (14); pronunziò contro i loro autori pene severissime. Benchè questo principe avesse abolite le pene contro il celibato, mantenne con rigore le leggi decimarie, non volendo che l'autorità delle antiche leggi ricevesse una lesione per l'affetto sovente irriflettuto de'conjugi. *Quorum fallaces plerumque blanditiae, vix etiam opposito juris rigore, cohibentur; sed maneat inter istas personas legum prisca auctoritas*(15). Trovansi dunque in vigore fin nel 410. A quest'epoca Onorio e Teodosio lo abrogarono interamente, e permisero a'conjugi, pur quando non avessero figli, di farsi delle liberalità(16). Il *jus liberorum*, divenne il dritto comune per tutt'i sudditi dell'impero (17), e il dritto de'conjugi non fu più limitato che dall'obbligazione di rispettare le legittime (18).

Mentre che il dritto di disporre per testamento a favor delle donne e fra conjugi seguiva queste vicissitudini, le donazioni fra vivi da marito a moglie eran dal canto loro l'oggetto di notevoli misure regolamentarie o restrittive.

Per completare ciò che precede è utile dirne qualche cosa.

Allorchè il matrimonio avea per conseguenza la *conventio in manum*, la moglie era per dir così la cosa del marito, le donazioni fra conjugi erano impossibili. Non v'era base per un contratto fra il marito che era tutto e la moglie che era nulla, fra il marito che acquistava tutt'i beni e la moglie che non poteva acquistare se non pel marito (19). La moglie non potea possedere tutto al più che un peculio minimo, consistente in vesti, gioie, piccole economie (20).

Egli era altrimenti nel matrimonio libero. In

(1) *Frag.*, t. XXVIII, § 7.
(2) L. 96, § 1, *De legat.*, 1.
(3) Tacito, 3, *Annal.*, 25 « *Papia Poppaea, quam senior Augustus, post Julias rogationes auxerat.* »
(4) Sveton. *Caesar.*, 20. Appian, lib. 2, Dione, 43, 25. Heineccius, 1, 2, 10.
(5) Heineccius, 1, 2, 8.
(6) Paul, l. 137, D., *De verb. signif.* V. *Influenza* ecc. part. 2, ch. 10.
(7) Ulpian, *Frag.*, t. XVI, n. 1. Heineccius, 2, 15, 8.
(8) Ulpian, *Frag.*, t. XVI, n. 1.
(9) *Aug.*, 101.
(10) L. *unic.*, C. Theod., *De inoff. dotibus*. Heineccius, 2, 14 n. 7.
(11) Heineccius, *loc. cit.*, n 7.
(12) *Ad uxor.*, lib. 1, c. 1. Heineccius, *loc. cit.*
(13) L. 25, D., *De his quae ut indignis.*
(14) L. *unic.*, C., *De his qui se defer.*
(15) L. 1, C. Theod., *De inf. paenis caelib.* L. 1, C. Justinian., *cod. tit.*
(16) L. 2, C. Theod., *De jure lib.* L. 2, C. Justinian, *De inf. paenis caelib.*
(17) L. 3. C. Theod., *De jure lib.* Heineccius, 2, 14, n. 8, et 2, 15, n. 14.
(18) Cujac. sulla Nov. 18.
(19) Il mio *Comm. del Contr. di Matr.*, pref. pag. LVI e seg.
(20) Plauto, *Casina*, 2, 2, 25, 27.

questo eran due persone distinte che avean capacità per contrattare fra loro (1). Volevan dunque farsi delle donazioni tra vivi; chè di tutt' i contratti la donazione è il più naturale fra due persone unite da tanti doveri ed affetti. Si vede difatti dalla leggo Cincia, promulgata nel 550, che le donazioni fra marito e moglie erano in pieno uso, e che non erano nè contestate, nè contrariate do divieti (2).

Solo più tardi si cominciò a vedervi degl' inconvenienti.

Il divorzio ovendo fatto de' progressi ed essendo divenuto come un frutto del matrimonio, accadde che i conjugi specularono sulla minaccia del divorzio per ottenere delle donazioni da parte di quello ch' era il più ricco, rompendo scandalosamente l' unione conjugale, se la loro ovidità non era soddisfatta (3). I costumi si rivoltarono, e s' introdusse l' uso nella giurisprudenza di considerare come nulle le donazioni fra marito o moglie (4). Ulpiano à preteso che la proibiziono era stata stabilita per impedire ai conjugi di spogliarsi troppo facilmente sotto l'impero di un mutuo amore (5). Paolo aggiunge che non bisogna che la cura di un vile interesse impedisca a'coniugi di prender cura de' loro figli (6). Infine Caracalla diceva nel suo discorso al senato: *Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes: famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret; deteriorditior fieret* (7).

Non nego che convien prendere delle precauzioni contro l'aberrazione de' coniugi, ma Caracalla, Ulpiano e Paolo hao troppo velato il motivo principale ed originario del divieto. Non si dee cercarlo altrove che negli scandalosi traffichi che mettevano a prezzo di danaro il mantenimento o la durata del legame più inviolabile.

La proibiziono ebbe ne'primi tempi un carattere assoluto.

La donazione non poteva sostenersi che in quanto era stata confermata per testamento. Non si tolleravano che i presenti ordinari alle calende di marzo o all' anniversario della nascita (8).

Più tardi l' imperadore Caracalla trovò questo rigore eccessivo, e con un senatoconsulto fu deciso che, se il donatore premoriva senz' aver espresso un cambiamento di volontà, la donazione sarebbe confermata (9). Ciò era un avvicinarsi al vero; era un proteggere i coniugi contro loro stessi, senza paralizzarli ne' loro sentimenti di tenerezza. È d'uopo che i coniugi possano attestarsi la loro affezione ed aiutarsi nella vita comune. Si legge nel *Satyricon* di Petronio, romanzo curiosissimo e molto istruttivo, malgrado troppo grandi licenze, che Trimelchione, liberto arricchito e che facea il commercio, avendo perduto tutto quel che avea col naufragio delle sue navi mercantili, la moglie Fortunata vendè i suoi gioielli e la sua guardaroba, o ne fe' cento scudi d'oro che diede a suo marito. Questi si rimise all'opera, fece enormi guadagni e comprò delle terre o de'palagi. Se il dono di sua moglie non fosse servito come di lievito a questa nuova fortuna, sarebbero entrambi morti nella miseria (10). Risulta da tuttociò che dopo questa riforma di Caracalla, i coniugi poterono donarsi durante il matrimonio, non solo per testamento, come abbiamo veduto dalle leggi decimarie, ma ancora per donazione fra vivi. In seguito di questa innovazione si formò una giurisprudenza fondata su de' fatti dottamente studiati, e che è servita di punto d' appoggio alle legislazioni moderne sul medesimo soggetto.

In quanto allo donazioni tra futuri coniugi, esse non furono mai l'oggetto di alcun disfavore, erano anzi eccettuate d' una maniera formale dalle proibizioni della legge Cincia (11). Consisteano abitualmente in vesti, gioie, schiavi o in superfluità che si ama di dare in testimonianza d'affetto (12) perciò le chiamavano talvolta *ante nuptias munera* (13), benchè il loro nome più obituale, almeno sotto gl'imperadori, fosse *sponsalitia*(14) o *ante nuptias donatio* (15): Sappiamo da' testi che potevano ancora consistere in fondi di terra (16) e che il marito ne riceveva più raramente della moglie (17). Giovenale addita a questo proposito un tratto di costumi che non ritroviamo ne' popoli del settentrione, ed è cho si aveva l' usanza di offrire alla novella sposa dei pezzi di oro poggiati su di un piatto in ricompensa de'favori della prima notte(18). Io non ho veduto a nessuna parte, cho questi donativi antenuziali fossero caduti nell'esagerazione. Esi-

(1) Ne cito degli esempi nel mio *Comm. del Contr. di Matr.*, p LV.

(2) *Frag. vaticano*, § 302.

(3) Sextus Caecilius, l. 2, D., *De donat. inter vir. et uxor.*

(4) « *Moribus receptum est*, » dice Ulpiano L. 1, D., *De donat. inter vir.*

(5) L. 1, D., *De donat. inter vir.*

(6) L. 2, D., *loc. cit.*

(7) Ulpiano, l. 3, D., *loc. cit.*

(8) Pomponius, l. 31, § 8, D., *De donat. inter vir.* Petronio, *Satiricon*, § 67.

(9) L. 32, § 2, D., *De donat. inter vir. et uxor.*

(10) §§ 37, 74, 76.

(11) *Frag. vatic.*, § 302. Pref. 2 del mio *Comm. del contratto di Matr.* p. LXXV.

(12) Diocl. et Maxim., l. 10, C, *De donat. ante nuptias.* V. pure l. 1 et 13 *eod. tit.* Sidonius Apollinaris, VII, *epist.* 2.

(13) Alex., l. 2, C., *De donat. ante nuptias.* Carus Carinus et Numeriarus, l. 7, C. *eod. tit.*

(14) Saumaise, *De usuris*, p. 147 a 149. Sidonio dà loro il nome di *sponsalitia donatio*, VII, *epist.* 2.

(15) Modest., l. 27, D., *De donat. inter vir.*

(16) Diocl. et Maxim., l. 8 et 12, C., *De donat. ante nuptias.*

(17) Const., l. 15, C., *De donat. ante nuptias.*

(18) Satyr. 6, v. 205.

stono per lo contrario delle doglianzo sulla magrezza de' donativi fatti da un fidanzato avaro (1).

Pervenuti agli ultimi secoli, ed agli ultimi progressi della legislazione romana; noi dobbiamo volgere gli sguardi ai popoli germanici, le cui invasioni vennero a modificare l'andamento dell'umanità, ed a cambiare l'aspetto della civiltà.

Tacito c' insegna, cho i Germani ignoravano interamente l'uso del testamento (2). Questo fatto, messo in dubbio da alcuni dotti Alemanni, cui confuta Eineccio (3) si spiega nel modo più chiaro per la costituzione della proprietà presso quei popoli semibarbari. Essi non avevano in effetti nè campi limitati, nè terre appropriate. « *Neque quisquam*, dice Cesaro, *agri modum certum, aut fines habet proprios* (4), e questo anche racconta Tacito (5). Tutti gli anni essi cambiavano di luogo affin di non dimenticare per le occupazioni campestri i travagli della guerra, o per mantenere fra loro la pace interna, che è quasi sempre la conseguenza delle possessioni sufficientemente eguali (6). I magistrati facovano annualmente alle famiglie degli assegnamenti secondo il loro grado (7), e sempre la terra era maggioro dei bisogni (8).

Questa vita pastorale ed errante era pur quella degli Sciti (9). Tutti i popoli Settentrionali non avovano nozione, cho della proprietà mobillare; perciò, a cagion d' esempio, essi punivano il furto dei bestiami (10). Ma in mezzo allo loro immenso solitudini, la proprietà prediale, non era nei loro bisogni, e nei loro costumi (11). Ora, dato un tale stato sociale, la sola successiono legittima (12) doveva bastare agli interessi della famiglia (13).

Ma dopo cho i Germani si furono sparsi nelle Gallie, essi vi fissarono la loro dimora, o divenuti proprietari, adottarono ben tosto l' uso del testamento da per ogni dove stabilito sotto l'impero del dritto romano. Ecco ciò che provano le leggi de' Visigoti (14), degli Ostrogoti (15), dei Burgondi (16), le formole (17) ed i fatti della storia (18). Dagoberto I, in presenza del suoi figli, e dei grandi del suo regno, dichiarò che egli aveva fatto un testamento, col quale legava i suoi beni propri alle basiliche dei Santi, fondate a tempo suo nei suoi stati; ne fece estrarre quattro esemplari, uno dei quali fu deposto a Liono, un altro a Parigi negli archivi della Cattedrale, un terzo a Metz fra le mani di Albone, ed un quarto nel tesoro reale (19). La regina Nantecbilde, sua vedova, feco anche un testamento per disporre del suoi fondi, e tre esemplari furono compilati, uno del quali era conservato nella chiesa di S. Dionigi (20). Io posso citare ancora il testamento fatto da Grimaldo, sindaco del palazzo di Austrasia, d'accordo con Didione, vescovo di Poitiers, ed attribuito da essi al re Sigiberto III. per ispossessare il suo giovine figlio Dagoberto (21): rammento ancora il testamento di Pipino d' Hérlstal (22) che metteva un ro fanciullo sotto la tutela di un sindaco del palazzo, egualmente fanciullo, tutti e duc obbedienti ad una donna (23). In fine Carlo Magno, il potente ristauratore dell'elemento germanico, dispose nell'814 (24) delle suo ricchezze mobiliari per testamento, un dodicesimo fu ripartito tra le sue sorelle e nipoti, un altro fu dato ai servitori del palazzo, un terzo ai poveri, e nove decimi furono legati alle ventuno chiese del suo impero (25).

Non parlo delle numerose ed immense dona-

(1) Sitonius, *loc. cit.* : « *De mancipiorum sponsalitiae donationis paucitate macrere.* »

(2) *De morib. Germanorum*, § 21.

(3) Nolla sua dissertazione sul dritto di testare secondo le leggi germaoiche V. ancho lo stesso : *Elem jur. germ.* lib. 2, t. VI, § 142.

(4) *De bello gallico*, VI, 22.

(5) *Germania*, § 26.

(6) Caesar, *loc. cit.*

(7) *Secundum dignationem* (Tacito, *Germania*, 26).

(8) Id.

(9) « *Hominibus inter se nulli fines; neque enim agrum exercent, nec domus illis ulla, aut tectum, aut sedes est, armenta et pecora semper pascentibus et per incultas solitudines errare solitis* » (Justin., 2, 2).

(10) Justin. *loc. cit.*

(11) Ammiano Marcellino lib. 31, § 2. V. ciò che egli dice degli Unni o degli Alani.

(12) Tacito, *ivi*.

(13) Puffeodorff, IV, c. 11, § 18. Einecc. *ivi*, § 9, ed Elem. *jur. germ.*, lib. 2, t. VI, § 143.

(14) Lib. 2, t. V, § 12, formule visigotiche pubblicate dal Roziére (1854) c. 21, 22, 26.

(15) *Edict. Theodorici*, § 28.

(16) T. LXIII.

(17) Marculfo, lib. 2, c. 12, *Appendice*, c. 52. Lindenbrog, c. 72.

(18) Gregoire de Tours, liv. 6, ch. 36 (trad. di Guizot, t. I, p 371); liv. 7, ch. 7 (t. I, p. 381); liv 9, ch. 5 (t. II, p. 51); liv. 10, ch. 22 et 38 (t. II, p. 98 et 145). Calmet, *Hist. de Lorraine*, t. I, Preuves, p. 267. Heineccius, *Elem. juris germanici*, 2, 17, 174. Sismondi, t. I, p. 334, 369.

(19) *Gesta Dagoberti* (trad. di Guizot, p. 382, v. 636).

(20) Id., p. 312, v. 640.

(21) Nel 656 (Sismondi, t. II, p. 60).

(22) Nel 714 (Sismondi, t. II, p. 107).

(23) Sismondi, *loc. cit.*

(24) Thegani, *De gestis Ludovici pii*, C., c. 8, 1, 76. Sismondi, t. II, p. 430, 431.

(25) Nelle *prove dell'Istoria di Lorena* posson vedersi degli atti qualificati testamenti da' loro autori medesimi e che ne hanno fino ad un certo punto l'apparenza. Ma bisogna notare, che è difficile distinguere fra gli atti di quell'epoca un testamento da una donazione La forma è la stessa; è un atto scritto sia dal disponente, sia da un'altro per lui, il più spesso da una persona senza carattere ufficiale, in presenza di testimoni, che sottoscrivono l'atto. Il donatario, o quanto pare, non avea bisogno d'intervenirvi, e d' accettare. L'impiego della parola *testamento* non ha nulla di significativo, è inserito in atti il cui effetto non era differito sino alla morte, o che erano irrevocabili. Prova allora soltanto, io credo, che il donatore ha voluto, che la sua donazione avesse il doppio

zioni tra vivi, che si fecero alle chiese ed ai monasteri, per più di sei secoli, in quella bassa età dell'incivilimento. Ciascun sovrano, ciascun signore opulento pensava, come Sigiberto III. che bisognava che i ministri della religione mietessero in luogo del proprietario le cose materiali, essi che seminavano per lui le cose spirituali (1). Si sanno le donazioni di Dagoberto (2), di Pipino (3), di Carlo Martello (4), di Carlomagno (5), di Luigi il Buono (6) ecc. ecc. (7). I poderi dei principi e dei signori erano d'una vasta estensione, questi poderi offrivano delle profonde solitudini, ove la popolazione era rarissima, ed ove la coltura era appena penetrata. I possessori di queste ricchezze sterili, pur salvando la loro anima, facevano fare un incontrastabile progresso all'economia sociale, ponendole nelle mani laboriose, o feconde de' monasteri e degli ecclesiastici. Si dice volgarmente in dritto *donare est perdere*. Ma niuna donazione mai ebbe più utilità, o fu più proficua, di quelle, che riemplono la vita dei potenti donatori di quest' epoca.

Io riconosco tuttavia, che talvolta queste donazioni furono dei soggetti di mal umore nelle famiglie; per esempio, lo trovo che nell' 889, che un chierico chiamato Eldrado fu obbligato uscire dalla diocesi di Metz, per evitare la persecuziono dei suoi parenti, che lo inquietavano, perchè aveva donato i suoi beni alla Chiesa (8) Eldrado, raccomandato al Vescovo di Tours da Roberto Vescovo di Metz, ricevè dal primo gli ordini, e l' ospitalità.

Indipendentemente dalle donazioni tra vivi e dai testamenti, i Germani facevano un uso frequente dei patti di successione. Odiosi nella legislazione romana, questi patti erano molto popolari nelle famiglie germaniche. Il famoso trattato di Andelot ne offre un esempio (9), e il dritto di patteggiare solennemente sulle successioni future sta scritto nelle leggi barbare (10). È probabile, che questo dritto era anteriore alla conquista, e che si era sviluppato sulla terra di Germania, dopo di Cesare e di Tacito (11).

In quanto all'Alemagna e al resto dell'Europa del nord, il testamento propriamente detto non vi penetrò, che molto più tardi (12), col favore degli sforzi dei vescovi, e dei chierici, perchè le anime pie non lasciassero questa vita senza aver preso cura della loro salute con qualche legato alle chiese (13). L'organizzazione della famiglia sulla base della solidalità dei parenti dovè in fatti essere un ostacolo allo sviluppo del dritto di testare, e il Niebuhr c'insegna, che vi sono ancora in Alemagna delle località (14), in cui chiunque appartiene a un parentado non può testare, che pagando a questo parentado una certa somma (15). Questo fatto conferma una volta di più la nostra proposizione ; cioè che la pienezza del dritto di testare è subordinata alla pienezza del dritto di proprietà.

Ma nelle Gallie conquistate, l' influenza delle idee romane dominò rapidamente la razza conquistatrice, e noi ripetiamo che il testamento fu d' un uso generale. Egli era così fin dal VI. secolo, giacchè sappiam da Gregorio di Tours (16) che Caregisilo, ciambellano di Sigi-

volore d' una donazione e d' un testamento; d' una donazione, per la trasmissione immediata della proprietà, d' un testamento, forse per il divieto, che faceva sotto certe pene a'suoi eredi di turbare il donatario, così il Re Pipino in una carta in favor della badia di Epternoch, che sembra essere una donazione fra vivi (nel 706, t. 1, p. 263) dice: « *Sed praesens Donatio ad instar testamenti cum stipulatione adnixa omni tempore firma stabilitate capiat firmitatem.* » Egli accumula intorno alla sua liberalità le forze riunite della donazione del testamento, e della stipulazione. Così ancora, la principessa Irmina figlia del Re Pipino, in un atto del 690, dichiara: « *Sana mente testamentum meum fieri rogavi.* » E alla fine sta scritto: « *Ego Hundo, presbyter, hoc testamentum praescripsi...Ego Irmina hoc testamentum meum perlegi.* » Chi non crederebbe, che è un vero testamento? Non dimeno una lettura attenta dimostra, che è una donazione fra vivi. Ecco ciò che si legge nel corso dell'atto. « *Ista omnia, ad memorata loca Sanctorum a* « *die praesenti per praesentem paginam testamenti tradimus et transfundimus perpetualiter in Dei nomine* « *possidendum.* » La medesima osservazione s'applica ad una quantità di Atti di quest'epoca riferiti dal Calmet.

(1) Sismondi, t. II, p. 54.

(2) Id., t. II, p. 53, an. 636, 638.

(3) Anni 752, 755, 768, Sismondi, t II, p. 191 e p. 216.

(4) Id., t. II, p. 150.

(5) An. 774, Sismondi, t. II, p. 245.

(6) Id., t. II, p. 4:5.

(7) Negli atti riferiti dal Calmet v' è un numero infinit di donazioni a monasteri, ed a chiese dal VII secolo fino al XII. La forma di queste donazioni è quasi sempre la stessa. Il motivo espresso è questo : « *Pro animae meae remedio, et aeterna retributione.* » Son rammentati i precetti de' libri santi : « *Date et dabitur vobis. Facite eleemosynam et ecce omnia munda sunt vobis. Vendite quae possidetis et date pauperibus, et habebitis thesaurum in coelo.* »

(8) Calmet (edit. 1728, t. 1, p. 822).

(9) Grégoire de Tours, liv. 9 (t. 2, p. 30, trad. Guizot).

(10) *Lex Salica*, t. XLIX. *Lex Ripuar*, 48. *Lex Wisgoth.*, 5, 2, 6. *Lex Burgund.*, 43, 1, et 60, 1.

(11) Si vedono frequentemente intervenire in atti di donazione i figli del donatore, che approvono la disposizione, o rinunziano a biasimarla. V. la donazione fatta da Goffredo Duca di Lorena al monastero di Florina nel 1055, *confirmantibus uxore sua, filioque suo*, ecc. ecc.

(12) Eineco. *Dissert.* cit., c. 10. Papa Innoc. III, c. 2, 10. *De consuet.*

(13) Eineco. *ivi*, *El. jur. germ.* 2, 6, 164, c 2, 7, 179, e 188.

(14) Niebuhr, IV, p. 38, 39. In altri paesi il vassallo non potea testare senza permesso del signore, o del principe. Ein. *ivi*, 2, 7, 192.

(15) Probabilmente per questo idea di solidalità, anche luogo tempo prima della conquista si vede la famiglia intervenire nelle donazioni in provincie in cui non si seguiva tuttavia il dritto germanico puro (V. le donazioni riferite sopra).

(16) Lib. 4, t 1, p. 215 (trad. Guizot). Fredegario, c. 71.

berlo, si aveva fatta una fortuna considerevole con la falsa interpretazione dei testamenti dei morenti, e che il popolo indegnato della sua corruzione lo trucidò (1). Mai forse, in niun'epoca, si fecero tante liberalità per donazione o per testamento; niuno voleva morire senza aver preso cura della sua anima con dei benefizi pei monasteri, e per le chiese. Il Clero, che aveva tanto impero sugli animi, fu il principale ausiliario del dritto di testare, vegliando così sugl'interessi spirituali dei padri di famiglia.

Ma, quando la proprietà fu passata sotto la mano del dritto feudale, subì una trasformazione considerevole, ed in seguito il dritto di testare ne sperimentò il contraccolpo. Gli è ciò, che vedremo nei feudi, nelle censivo, e nella condizione de' *mainmortables*.

La feudalità aveva sottomessa la proprietà ad una gerarchia politica, che aveva alla cima il dritto del *suzerain*. *Niuna terra senza signore*, tal'era la massima del dritto feudale puro (2); in un feudo ciascuna terra dipendeva da un signore, ciascun signore dipendeva da un signore *suzerain*, e da questo *suzerain*, la terra era reputata emanare originariamente. Non è già, che i tenitori non fossero considerati come proprietari. In verità nell'origine i feudi erano stati inalienabili nella mano dei beneficiari senza l'autorizzazione del signore dominante. Ma allorchè la rivoluzione feudale li ebbe resi ereditari o patrimoniali, poterono essere liberamente venduti, alienati, e trasmessi per successione. Solamente bisognò che, a ciascuna mutazione, il dritto originario del *suzerain*, fosse riconosciuto, e proclamato (3); e quando il primo veniva a morire, il beno si reputava riunirsi *à la table et domaine* del *suzerain* (4), e l'erede, per farsi rimettere nel possesso dell'eredità, era tenuto, se fosse un feudo, a prestar fede e omaggio, ed a pagare un dritto chiamato rilevio (5); se fosse una terra non nobile, a pagare un dritto analogo, chiamato dritto di *saisine*. Tale era il dritto comune in tutta la Francia feudale (6). Esso affettava la proprietà nobile, quanto la non nobile, pesava sulla linea retta come sulla linea collaterale (7). Esso derivava dal dritto di proprietà originaria del signore *Suzerain;* era la conseguenza del suo dominio diretto ed eminente sul *tréfonds*.

Siccome l'apertura della successione legittima dava nascimento al dritto di rilevio, e di *saisine*, è chiaro che la successione testamentaria ne era con più ragione colpita.

Ma il dritto di testare era esso intero presso i vassalli? Questi proprietari, che riconoscevano un proprietario superiore, avevano essi quella preziosa libertà di testare, che è il segno più caratteristico della libertà della proprietà?

No, secondo il puro dritto feudale, il proprietario d'un fondo non aveva il dritto di testare di questo fondo, che per quanto il titolo d'investitura glielo aveva accordato (8). La proprietà del feudo essendo una concessione, l'uso di questa proprietà era regolato dalla volontà originaria da cui emanava (9). Questo dritto si è conservato lungo tempo in vario contrade (10) non solamente in Italia (11), ma ancora in Francia (12).

Ma quando la rivoluziono che mise la terza razza sul trono ebbe definitivamente convertite i domini in feudi, ed i feudi in beni patrimoniali, il dritto comune Francese fu, che il signore potesse disporre per testamento della sua proprietà feudale, salvo all'erede a pagare il rilevio (13). Nulla è più frequente dell'uso de' testamenti da parte dei signori. Le più volte questi testamenti non aveano per oggetto, che delle pie disposizioni; il testatore raccomandava i suoi amici a Dio, o incaricava il suo erede del sangue dei suoi legati a favore della Chiesa, solo oggetto dei suoi ultimi pensieri; degli esecutori testamentari eran nominati per assicurare l'adempimento di una volontà legata alla salute dell'anima (14). Si trovano qualche volta però dei legati, che vanno molto più in là, e siccome la proprietà di abbracciar tutto, l'aria, l'acqua, le cose pubbliche, le cose religiose ecc. ecc., il dritto di testare si estendeva fino a questi oggetti. Così, per esem-

(1) Sismondi t. 1, p. 334, (anno 575).

(2) Loisel, lib. 2, t. II, § 1. *Stabil.* di S. Luigi, I, 1, 99. V. la mia *dissert. sul Tratt. de' drit. di registr.* di Championnière, e Rigaud (*Riv. di leg.*, t. X, pag. 152, e s.).

(3) *Riv. di leg.*, t. X, p. 278.

(4) Cons. di Boves.

(5) Delaurière, su Loisel, 2, 5, 1.

(6) *Riv. di leg.*, t. XXV, p. 139 e le numerose consuetudini, che io cito.

(7) *Riv. di leg.* t. X, p. 160, 161, ove cito fra le altre autorità il romanzo di Rou.

(8) Dumoulin, *cons.* 50.

(9) Brussel, *Examen des fiefs*, t. 1, p. 61. Hervé, *Traité des mat. feod.*, t. II, p. 309, § 5, n. 1. Guyot, *Traité des fiefs*, t. II, p. 131, ch. 1. M. Guérard, *Polyptique d'Irminon*, *Proleg.*, §§ 275, 284, 288, 289.

(10) Consuetudines Feudorum, lit. 55. *Const. Frid. sec.* Era lo stesso nel regno feudale di Gerusalemme, tanto risulta dal silenzio serbato da Giov. d'Ibelin, sul dritto di testare nelle assise dell'alta corte di Gerusalemme.

(11) Dumoulin, *cons.* 50. Questa consultazione riguarda il dritto del Milanese e del Piemonte.

(12) Per es. nel Delfinato.

(13) Dumoulin, *loc. cit.*, n. 47. Jean Fabre, *Inst.*, liv. 2, tit. 1, n. 4, p. 93. *Grand* cout. de Charles VI, ch. *De saisine en fief*, et ch. *Des coutumes des fiefs*. Ant. Favre, C., lib. 4, tit. 43, *définit.* 34 et 35. Guy Pape, *consil.* 215, 230, 297, et les annot. de Ranchin et de Bonnelon sur la *decis.* 59. Salvaing, *De l'usage des fiefs*, p. 53, 56, 274. Poquet de Levonière, *Traité des fiefs*, lib. 4, ch. 1. Henrion de Pansey, *Des fiefs*, p. 89. Hervé, *loc. cit.* Guyot, *loc. cit.*

(14) Questi testamenti, e molti altri simili sono in certo modo fatti sullo stesso modello. Dopo l'invocazione della SS. Trinità, il testatore raccomanda la sua anima a Dio, indica il luogo della sua sepoltura, ordina di riparare il torto, che ha cagionato ad altrui, fa dei pii legati per la salute della sua anima, poi ricompensa i suoi servitori, infine nomina degli esecutori testamentari, a cui dà i poteri più estesi su i suoi mobili, o su i suoi immobili.

Digitized by Google

pio, nel 990 il Visconte di Beziers legò alle suo figlie i due Vescovati di Beziers e di Agle, che si trovavano nella sua viscontea, e che doveano servir loro di dote (1).

Nel 1238. Raimondo Berenger IV, Conte di Provenza, regola con atto d'ultima volontà (2) la successione alle contee di Provenza e di Forcalquier; egli l'attribuisce a Beatrice sua quarta figlia, incaricandola di pagare le legittime delle altre sue tre figlie, di cui la primogenita era maritata al Re di Francia, la seconda al Re d'Inghilterra, e la quarta dovea sposare il duca di Cornuaglia (3). Le crociate diedero soprattutto ai testamenti un vivo impulso. Filippo Augusto fece il suo, prima di partire (4), egli disponeva della sua proprietà per delle opere pie, regolava anche la reggenza durante la sua assenza.

I Crociati, in veduta dei pericoli della loro spedizione lontana, erano convenuti che l'eredità mobiliare di quelli, che morivano durante la guerra santa, andrebbe a profitto dei sopravviventi (5). Si pretende, che i due Re, Filippo Augusto, o Riccardo Cuor di Leone, amministratori di questa sopravvivenza, si arricchirono in seguito di questa convenzione di successione, o della mortalità spaventevole che distruggeva il campo dei Cristiani (6). Filippo Augusto, che sfuggì al pericolo, rifece il suo testamento nel mese di settembre 1222. Eccone le principali disposizioni; esse rivelano la direzione generale degli animi al X secolo, le preoccupazioni del Re, i suoi scrupoli di coscienza, o qualche tratto della sua politica personale.

Egli nomina per suoi esecutori testamentari, Guarino, vescovo di Senlis, Bartolomeo di Roye, e Frate Aymardo tesoriere del tempio; egli loro assegna venticinquemila marchi d'argento (che facevano allora cinquantamila lire, e che ne farebbero un milione e duecentomila al giorno d'oggi) perchè facciano secondo la loro coscienza delle restituzioni a tutti coloro, ai quali il Re avesse potuto fare qualche ingiustizia. Filippo Augusto lega al Re di Gerusalemme, agli ospidalieri, ed ai templari, ad ognuno cinquantamila marchi d'argento; perchè questo Re, e questi due ordini militari mantengano ciascuno in ricambio, durante tre anni, cento cavalieri dippiù al servizio del Santo Sepolcro; egli loro assegna inoltre delle somme meno considerevoli per aiutarli a prepararsi al passaggio del mare l'anno seguente.

Lega ventimila lire ad Amauro di Monforte, per impiegarle all'estirpazione dell'eresia degli Albigesi; poichè non fu nè per scrupolo, nè per sentimento di tolleranza, che egli si era sempre rifiutato a marciare di persona contro i settari. Lega alla Badia di S. Dionigi tutte le sue corone, ed i suoi gioielli, alla badia di S. Vittorio, che avea edificato presso il ponte di Charenton, duemila lire di capitale, e duecento quaranta lire di rendita, che dovevano bastare al mantenimento di venti preti. Lega ventuno mila lire ai poveri di Parigi, e non lascia che diecimila lire a sua moglie Isemburga, e diecimila al suo figlio naturale, Filippo. La somma, che egli destinava al suo primogenito restò in bianco nel suo testamento; appariva però, che questa doveva formarsi da ciò che si troverebbe di residuo nel tesoro, dopo che tutti quegli altri legati fossero stati pagati (7).

Si vede del resto, che Filippo Augusto non tocca in niente con quest'ultimo testamento le cose pubbliche, ed i suoi feudi. Luigi VIII si regola altrimenti nel suo testamento del mese di Giugno 1225, fatto al momento della guerra contro gli Albigesi. Egli chiama il suo primogenito alla successione del trono di Francia, destina al secondo l'Artois, al terzo l'Anjou, ed il Maine, al quarto il Poitou: e l'Auvergne; stabilisce dippiù, che la Contea di Boulogne, della quale suo fratello era investito, ritornerebbe alla Corona, se questo fratello morisse senza figli (8).

I successori di Luigi VIII usarono sovente di questo privilegio del Re sulle cose pubbliche.

Ma appunto, perchè egli poneva la mano a delle dipendenze della sovranità, doveva incontrare nella esecuzione degli ostacoli fondati sul pretesto dell'ordine, e dell'interesse pubblico. Il testamento ed il codicillo di Luigi XIV, ne son la pruova. Questo principe aveva organizzato la reggenza del duca di Orleans, di modo, da legare mediante un consiglio questo principe, sul quale gravitavano sì neri sospetti, ed a ridurre indirettamente una parte del potere tra le mani del duca del Maine suo figlio legittimo. Può stare, che vi fosse in queste misure più saggia previdenza, che non ha detto il duca di Saint-Simon. Ciò che avvi di certo si è, che questa volontà di uno dei nostri più potenti monarchi venne a frangersi contro il pensiero di alcuni cortigiani ingrati verso il loro antico signore, contro le aberrazioni d'un parlamento passionato, e contro le conclusioni del Procurator Generale d'Aguesseau, e dell'avvocato generale Joly de Fleury (9).

Noi ne abbiamo detto abbastanza per mostrare il gioco del testamento nel sistema della proprietà feudale. Discendiamo ora verso il basso della società, e vediamo ciò che era il testa-

(1) *Prove dell'Istoria di Linguadoca*, t. II, p. 145. Sismondi t. IV, p. 89, 90.

(2) Sismondi, t. VII, p. 328, e 329.

(3) Questo dritto di testare delle cose feudali si sviluppa a misura, che si avanza nella Istoria. Calmet ne reca numerosi esempi. Renato re di Sicilia, duca di Bar e di Lorena nel suo testamento del 1474 reitera le liberalità, che ha fatte alla moglie di diversi domini, ducati, contee ecc., lascia un marchesato al suo figlio naturale, e nomina erede universale Carlo d'Angiò duca di Calabria, suo nipote.

(4) Anno 1198. Rigord, p. 30. Sismondi, t. VI, p. 92.

(5) Sismondi, t. VI, p. 108.

(6) *Id.*

(7) Gugl. Armorico, p. 114. Sismondi, t. VI, pag. 525 o 526.

(8) *Testamentum Ludovici* VIII, *ad calcem gestorum*, p. 310. Sismondi, t. VI, p. 577.

(9) Saint-Simon, t. XIII, p. 217, e s. Sismondi, t. XXVII, p. 250, e s.

Digitized by Google

mento per i servi, che formavano nei feudi la popolazione laboriosa e produttiva.

Fin dal VII e dall' VIII secolo, la grande massa della popolazione era nello stato di mano morta (1). La schiavitù era stata legata al mondo moderno dalle antiche società, e i Germani conducendo nelle Gallie le loro bande guerriere e i loro liti; cioè i coltivatori forzati delle terre dell'armata (2), avevano data alla servitù un elemento dippiù. Si conosce la miseria di quei tempi disordinati, nei quali un mondo cadeva in ruina, ed un altro non era ancora uscito dal caos. Tutte le razze erano venute a pagare il loro tributo alla schiavitù, il Gallo-Romano ingenuo e il Franco, il vincitore ed il vinto, e queste baratre della libertà era stato ben sovente un rifugio per l'uomo libero, meglio protetto come servo, che come cittadino (3).

Ma nel mentre che la schiavitù era divenuta più generale, si era però resa più mite. Una trasformazione si era operata, ed il servo aveva preso il posto dello schiavo antico (4). Il servo godeva del matrimonio, della paternità legittima, dei dritti di famiglia, e di certi attributi del dritto di proprietà (5). I padroni, sieno signori, sieno chiese e monasteri, imbarazzati dall'estensione del loro dominio, avevano fatto ad essi numerose concessioni, per legarli alla coltivazione col loro interesse personale, ed a sè stessi col legame della riconoscenza. In cambio, delle prestazioni fondiarie erano imposte alle terre, in segno di dipendenza, e dei canoni personali si percepivano dal servo come testimonianza della sua soggezione. Ma uno dei segni più caratteristici di questa servitù del corpo si era l' impossibilità di testare. Havvi ancora di più, e nella severa logica dello stretto diritto, non era solamente vietato il testamento al servo, egli non poteva neanche trasmettere la sua successione *ab intestato* ai suoi figli. Iniziato durante la sua vita solamente ad alcuni degli atti liberi del dritto civile, il servo perdeva al momento della sua morte questi benefizi vitalizi, egli viveva libero, e moriva servo. I suoi beni ritornavano al suo signore, ed il dritto dei figli era vinto da quello del padrone.

Tale era il rigore del dritto feudale; rigore, che la feudalità non aveva mica inventato, ma di cui si trovava comoda di profittare. Del servo tutto finiva con la vita. *Mors omnia solvit.* Il frutto delle fatiche delle sue braccia ritornava al padrone; il dritto dell' uomo libero, di perpetuarsi dopo la sua morte con l'eredità era rifiutato al suo stato di soggezione, e d' inferiorità. Io non dico, che in alcuni luoghi leggiere mitigazioni non fossero state apportate nel corso del tempo ad una sì dura incapacità. Vi sono degli esempi di servi, che potevano testare fino alla concorrenza di cinque soldi (6) ed anche qualche volta fine alla concorrenza di sessanta soldi (7). Alcuni servi di una specie particolare, e chiamati servi di *formariage* avevano acquistato il dritto di testare a favore di gente di egual condizione dimorante nella stessa signoria (8).

Queste eccezioni possono essere state introdotte a causa del prezzo infinito, che la chiesa attaccava alle disposizioni pie dei morenti. Non era giusto di privare il servo di questa consolazione. Si sa, che la politica della chiesa era favorevole ai servi, essa inclinava al mitigamento della loro condizione, ed alla loro emancipazione. Ora non è mica probabile, che il suo sistema in materia di testamento, sistema spinto a tal punto, che il Papa Innocenzio IV aveva voluto attribuirsi i beni dei chierici, che morivano *ab intestato* (9), non abbia fatto profittare i servi di qualche partecipazione al dritto di testare.

Da un altro lato, i signori avendo un grande interesse a non disciogliere il legame delle famiglie servili, passò in uso di lasciare godere i figli de'beni del loro defunto autore, a condizione ch' essi vivrebbero in comunione tacita, perpetua, e da padre in figlio, sotto la mano del padrone, che autorizzava così la continuità della possessione, fino a tanto che si prolungasse l'esistenza di questa associazione, di questa specie di corpo morale.

Io ho descritto altrove (10) il regime di queste comunioni, che hanno rappresentata una parte degna di attenzione nello sviluppo delle classi inferiori, e nella nostra antica economia rurale. Come il corpo morale assorbiva in qualche modo gl' individui di cui era composto, non vi erano inconvenienti pel padrone, che un colono trasmettesse la sua porzione agli eredi i più prossimi pel sangue, piuttosto che a tutti i coloni in egual porzione, o che egli facesse in pro dei suoi consorti di servitù delle disposizioni a causa di morte, che non guastassero il regime generale dell' associazione. Dunod assicura pertanto, che questa devoluzione per successione, o per testamento incontrò delle difficoltà (11). Era in effetti un allontanarsi dal principio di associazione, che era la legge primitiva ed essenziale di queste famiglie di servi, era un introdurre i privilegi del dritto civile in relazione, che doveano restar governale dal puro fatto della comunione.

Ma la logica fu men forte del dritto naturale, e queste quistioni riceverono una soluzione dottata dal favore della causa liberale, e dello spirito di famiglia (12). Del resto, bisognò molto

(1) V. degli esempi di servi posseduti da Badie, da Chiese, nell'*Istoria di Lorena* del Calmet. La mia *Pref.* del *Contr.* di Società, p. XXXVIII.

(2) La mia *Pref.* del *Contr. di Locaz.*, p. LXIX. Agostino Thierry, Lettere ecc. ecc. p. 116.

(3) Salvien, *De gubern. Dei*, lib. 5. Il mio *Comm. di locaz.* pref. p. LIII, LXX e *Societ* à, pref p. XXXVIII.

(4) *Società*, *Pref. ivi.*

(5) *Id.*

(6) Pasquier, *Ricerche*, lib. 4, p. 377. Beaumanoir *Sur Beauvoisis*. Il mio *Comm. della Società*. *Pref.* p. XXXIX. Dunod *Trat. della manomorta*, p. 9.

(7) Cons. di Nivernais.

(8) Cons. di Troyes, art. 3.

(9) Matt. Paris, *Istor.*, regno di Errico III.

(10) Società, *Pref.* p. XLI.

(11) *Trat. della manomorta*, p. 155.

(12) Loisel, *Institutes coutumières*, lir. 1, tit. 1, art.

tempo, prima di far penetrare nella giurisprudenza feudale queste mitigazioni eccezionali. Per secoli la servitù fu dominante, con le sue conseguenze estreme, e le sue incapacità. Il servo era uomo di mano morta, ossia che regolarmente non poteva nè succedere, nè testare (1).

La mano, istrumento del lavoro, era reputata morta nel servo, il quale acquistava pel suo signore, piuttosto che per sè (2); essa era morta in un altro senso, poichè il segno della potenza era paralizzato in lui dalla sua incapacità di trasmettere (3). Adunque in questo stato viveva l'immensa maggioranza, sia nelle città, sia nelle campagne; i servi, che componevano il fondo della popolazione, non potevano nè alienare, nè succedere, nè testare.

Nel XII secolo un gran cambiamento si operò in questo stato della classe inferiore; l'affrancamento dei servi divenne un fatto dominante, al quale contribuirono, ora i movimenti insurrezionali delle città, ora la buona volontà de' Re, do' signori, e delle chiese (4). Molte carte di comuni non furono altra cosa, che dei trattati di abolizione della mano morta, e per conseguenza de'piccoli Codici dei dritti più elementari della libertà civile. Abolendo le mani morte, si concedeva appunto perciò il dritto di vendere, di alienare, di succedere, e di testare (5).

Questa è la culla della libertà civile, debole culla (6) che è divenuta il letto d'una gran nazione!

È il rinascimento dell' equità, dopo la trista e mortale epoca dei bassi secoli; è la prima luce dell'uguaglianza, la quale non si è mostrata come un punto luminoso, e un elemento vitale, che con la crisi finale del XVIII secolo, e col Codice Napoleone, ai quali debbiamo l' assetto incrollabile della libertà privata, dell' uguaglianza civile, della proprietà! Non bisogna credere, però, che queste carte locali del XII secolo fossero tutto dei titoli compleli di affrancamento. Parecchie costituzioni di comuni mantennero la mano morta (7); oltro abolendola riconoscono espressamente il dritto di vendere e di comprare, ma serbano il silenzio sul dritto di testare (8). L'accordavano implicitamente? Egli è permesso di credere, che esse non ne tolleravano l'uso, che per dei legati pii. Ciò si può indurre dal paragone della carta accordata da Luigi VI, nel 1128 alla città di Laon, con la carta del 1189 che porta la conferma o riforma fatta da Filippo Augusto, di quella del 1128. La prima, dopo aver determinato con cura la successione legittima, passava sotto silenzio le disposizioni testamentario in generale; essa diceva soltanto, che in assenza di ogni parente abile a succedere, il superstite dei due coniugi che non avesse so non del *conquisti*, darebbe i due terzi di questi conquisti in elemosina, l'altro terzo dovendo essere impiegato a edificare le mura della città (9). Ma la carta del 1189, più precisa, spiega, che

74: « Serfs on main-mortables no peuvent tester et no succédeat les uns aux autres, sinon tant qu'ils sont demeurés communs. » Ducange, v° *Manus mortua*, t. IV, p. 262: « *Glebalis servi absque liberie* (*masculis*) *ex* « *legitimo matrimonio procreatis decedentis, bona ac* « *haereditas quae ad dominum ipso jure pertinent: cum* « *de iis testamento minime disponere, etei donatione* « *inter vivoe, liceat* »

(1) *Grand coutumier de Charles VI*, ch. Du nombre des personnes, fol. 66, édit. de 1536. Cout. du comté de Bourgogne, ch. 14, art. 95: « L'homme de main-« morte no peut vendre, aliéner, n'hypothéquer l'héritage « de main-morte sans le consentement du seigneur; et « s'il est aliéné et le possession réelle prinse sans le dit « consentement, il est commis au dit seigneur. »—Art. 96: « L'homme de main-morte no peut disposer de ses biens meubles n'héritages, quelque part qu'ils soient, par ordonnence de dernière volonté, no par donation à cause de mort; réservé au profit de ceux estans en biens communs avec luy, qui par droict coustumier lui pourroient et devroient succéder. » — Coutumes de la Marche, art. 148: « L'homme qui tient héritage de serve condition no peut vendre, donner, surcharger n'autrement aliéner, sans le congé de son seigneur, le dit héritage qu'il tient de luy en droit de servitude, par contrat entre-vifs ou par disposition ayant trait à mort; et s'il fait le contraire, ce qu'il en a aliéné doit estre déclaré acquis au dit seigneur. » (Auvergne, ch. 27, art. 1.).

(2) Dunod, *ivi*, p. 9 e s.

(3) Taisand, *sur Bourgogne*.

(4) Nelle Chiesa le emancipazioni rimontano anche più in dietro. Io ho citato il testamento di S. Remigio nella mia *Pref.* al *Cout di Locnz* p. XIX.

(5) V. la carta di affrancazione accordata nel 1284 da Filippo III agli abitanti delle parrocchie di Gournay, e di Bussières, d'Aillac, il cui testo assai esplicito merita di essere riportato: « *Concedimus quod ipsi manu-* « *missi et eorum hoeredes de omnibus bonis suis, mobi-* « *libus et immobilibus, acquisitis et de caetero acqui-* « *rendis, tam in vita quam in morte suam possint facere* « *plenariam voluntatem, dando, legando, accensando,* « *vendendo, alienando*, ecc. » La carta d'Amiens accordata da Filippo Augusto nel 1190 è notevole in quanto mostra i limiti, che lo spirito contemporaneo imponeva alla facoltà di testare, cioè disponibilità de' soli acquisti senza nuocere ai figli. Artic. 22. « *Si quis vir et* « *uxor ejus infantes habeant, et contingat mori infantes* « *quis eorum supervixerit, sive vir sive mulier, quicquid* « *similiter possederunt de conquisitis, qui superstes erit,* « *quandiu vixerit, in pace remanebit, et tenebit, nisi* « *in vita praemorientis donum vel legatum inde factum* « *fuerit. Quod si antequam convenerint, vel vir vel uxor* « *infantes habuerint, post decessum patris aut matris* « *haereditas infantum ad eos redibit, nisi sit feodum.* »

(6) Il mio articolo sulle Cons. d'Amions, p. 138.

(7) V. la carta in cui Filippo Augusto nel 1181 conferme i dritti di comune accordati da Luigi VI alle città di Soissons.

(8) Tale era la legge di Beaumont in Argonne redatta da Guglielmo arcivescovo di Reims, per un villaggio di nuova fondazione, nel 1182, e considerata come si favorevole, che un gran numero di località ne domandaron l'applicazione.

(9) *Ord. du Louvre*, t. XI, p. 185. Thierry, *Lettres*, p. 304. M. Guizot, t. V, p. 180. Ecco il testo: « *Si vero* « *nec vir, nec mulier, haereditate habuerint, sed de* « *mercimoniis questum facientes, substantiæ fuerint am-*

quando anche vi sono dei parenti successibili, si può testare de' propri conquisti per cause pie (1); donde segue che le disposizioni a favore di altre persone sono interdette. Quest' ordine di idee della carta del 1189 si ritrova nella carta accordata nel 1184 a Cerny in Laonnais da Filippo Augusto (2), e nelle carte di Crespy dello stesso anno (3), e di Bruyères del 1186 (4).

Al XVI.º secolo queste gradazioni diverse tra gli uomini di condizione libera si cancellano da ogni parte, e non vi sono più che rare contrade, in cui la mano morta persista (5), ed ove per conseguenza l' uomo di mano morta non può testare delle cose di mano morta. Ogni uomo libero aveva dritto di disporre per testamento dei suoi mobili ed acquisti. In quanto ai *propri*, lo spirito di famiglia attaccava una grande importanza alla loro conservazione, e non era permesso di disporre per testamento, che del quinto, o del terzo, o del quarto. Noi abbiamo veduto spuntare questa proibizione nella carta di Amiens. Non si temeva, che un uomo si spogliasse in vita dei suoi beni di famiglia (6), ma si temevano maggiormente gli abusi del testamento da parte di colui, che staccandosi dalle cose della terra, può facilmente obbliare gl' interessi domestici, che gli sopravvivono. Quindi questa regola della Francia consuetudinaria, formolata da Loisel. On ne fait pas héritier, par testament, qui l' on veut, de ses propres; mais bien de ses meubles et acquêts (7) ».

Qui si presenta un fatto curioso, che mostra, come nelle sue fasi più diverse, l' umanità si rassomiglia a sè medesima, e torna naturalmente a stazioni simili.

Abbiamo detto più innanzi, che a Roma il testamento aveva avuto ad una certa epoca un carattere religioso, di modo che il *libripens* era un sacerdote, ed erano occorse gravi modificazioni successive, perchè quest'atto rivestisse un carattere puramente civile. Noi troviamo nel medio evo un ritorno analogo del testamento alla dominazione dell'elemento religioso. È già risaputo; la Chiesa aveva, fin da' primi tempi, favorite le ultime disposizioni, ne aveva tratto grandi vantaggi; senza forzar le coscienze, le coscienze queste si piegavano ad essa, ed essa le incoraggiava. Indi l'uso di fare delle liberalità alla Chiesa, essendo divenuto generale, l'autorità ecclesiastica fu indotta a considerare il testamento come un atto religioso, al quale i defunti avevan ligata la salute della loro anima. Volle dunque divenirne protettrice, custode, ministra, e giudice. Un concilio tenuto a Narbonne nel 1227, decise, che un testamento non sarebbe valido se non fosse fatto in presenza del curato (8). Fin qui tutto si spiega facilmente. Il cattivo stato, e l'ignoranza delle magistrature civili doveva dar luogo alla giurisdizione degli ecclesiastici, più illuminata, e meglio organizzata. I preti, i quali furono per lunga pezza i soli letterati, eran benissimo indicati per ricevere i testamenti, e per dar loro una forma probante. Ma non si stette a ciò solo, e quando lo zelo de' credenti incominciò ad intiepidirsi, si ebbe l' idea di prendere delle misure coercitive contro coloro che, morendo, avevano obliata la Chiesa. Abbiam detto più innanzi quanto il Papa Innocenzio IV aveva ordinato in Inghilterra; ascoltiamo il racconto, che fa Loyseau (9) delle esagerazioni alle quali la giustizia ecclesiastica si lasciò trarre: « En troisième lieu, ils (les ecclésiastiques) maintenaient par semblable raison que la connaissance des testaments leur appartenoit, comme étant une matière de conscience, disant même qu'ils étoient les natureles exécuteurs d'iceux, parce que le corps du défunt testateur étant laissé à l'église pour la sépulture, l'église aussi étoit saisie de ses meubles, pour acquitter sa conscience et exécuter son testament. Ce qui s'observe encore à présent en Angleterre, où l' évêque, ou gens préposez de sa part, se saisissent des meubles de celuy qui est décédé *intestat*, et les gardent pendant sept ans, si les héritiers ne composent avec luy (10).

« *pliati, et haeredes non habuerint, duae partes substantiae pro animabus eorum in eleemosynam dabunt,* « *tertia vero ad muros civitatis aedificandos expendetur.* »

(1) *Ord. du Louvre*, t. XI, p. 237.

(2) *Ord. du Louvre*, t. XI, p. 231. Ecco il testo dell'art. 22. « *Si vero nec vir nec mulier haereditates habuerint, sed de mercimoniis questum facientes, substantia ampliata fuerit, et haeredes non habuerint;* « *altero eorum mortuo, alteri tota substantia remanebit.* « *Quod si uterque obierit, si propinquos in potestate* « *habuerint, quantum voluerint de substantia sua pro* « *animabus suis in eleemosynam dabunt, et reliquum* « *propinquis eorum remanebit; si autem propinquos non* « *habuerint, duae partes substantiae pro animabus eorum in eleemosynam dabuntur. Tertia vero ad villarum municiones in arbitrio juratorum erit.* »

(3) *Ord. del Louvre*, t. XI, p. 239.

(4) *Ivi*, p. 245.

(5) Franche-Comté, ch. 14. Bourgogne, ch. 9. Nivernais, ch. 8. La Marche, ch. 17. Châlons, art. 17. Bourbonnois, ch. 18. Auvergne, ch. 27. Chaumont, art. 3, Troyes, art. 3, 4, 5 et 6. Vallois, art. 3. Montes et Meullant, art. 78. Meaux, art. 48, 77, 78, 79. Resbetz, art. 3. Champagne et Brie, art. 6 et 30. Vitry, art. 69 et 70. Melun, art. 164. Sens, art. 24. Egli è da notare, che le costumanze redatte nei secoli XV° e XVI°, in cui ancora è quistione della manomorta, formano sulla carta un insieme compatto al centro e all'est della Francia. Ma anche nella più parte di queste costumanze, che riconoscono lo stato di manomorto, i servi erano pochissimo numerosi, grazie agli affrancamenti.

(6) V. alla nota seguente Parigi, e le consuetudini simili, che vi son citate.

(7) 2, 4, 6. La Cons. di Parigi vieta di disporre oltre il quinto. Così quelle di Amiens, di Étampes, ecc. In altre la disponibilità s' estende al terzo, in altro la proporzione è ancora diversa.

(8) *Histoire de Languedoc*, liv. 24, c. 32, p. 365. *Concilia generalia Labbei*, t. XI, p. 304.

(9) *Des seigneuries et justices ecclésiastiques*, n. 64.

(10) Abbiam veduto *sopra*, il principio di ciò nell'istorio di M. Paris sotto il regno di Errico III, nel 1246.

Digitized by Google

Même nous trouvons qu'anciennement en France les ecclésiastiques ne vouloient enterrer les morts si on ne leur mettoit leur testament en main, ou si à faute de testament on n'en obtenoit un mandement spécial de l'évêque, dont il se trouve, dans les registres du Parlement, un arrêt de l'an 1407, contre l'évêque d'Amiens, et les curez d'Abbeville, que les intestats seroient inhumez sans contredits et sans mandement particulier de l'évêque. Et Joan. Galli, en sa quest. 102, remarque que souvent les héritiers, pour sauver l'honneur du défunt décédé sans tester, demandoient permission de tester pour lui *ad pias causas*; et j'ai leu ailleurs qu'il y avoit des ecclésiastiques qui contraignoient les héritiers des intestats de convenir de preudhommes, pour arbitrer combien le défunt avoit deu léguer à l'Eglise. Bref, de cette entreprise des ecclésiastiques est encore demeuré jusqu'à ce temps que par nos coutumes, les curez et vicaires sont capables de recevoir les testaments, ainsi que les notaires. »

Questo stato di cose non poteva essere in Francia, che transitorio; le libertà della Chiesa gallicana vi miscro buon ordine secolarizzando la fazione del testamento. Le consuetudini del XVI secolo sviucolano al tutto l'eredità del defunto da quella parte, che attribuivasi alla Chiesa in certi casi di caducità, siccome abbiamo veduto dalla carta di Amiens; attribuzione la cui origine si rallega evidentemente a credenze senza dubbio rispettabilissime per se stesso, ma di cui Loyseau ci ha mostrato le invasioni ulteriori, ed i tali abusivi. Sotto questo rapporto la libertà rimane arbitra ne'testamenti, e non si trova più, che in qualche statuto locale una quota disponibile maggiore rispetto alla causa pia, che rispetto alle altre persone (1).

Diciamo in qualche statuto, perchè in generale il dritto francese non accordava privilegi eccezionali alla causa pia. Ecco perchè le consuetudini, che facevan dritto comune, avevan preso cura di dire, che la causa pia non derogava alle regole sulla disponibilità dei beni (2).

Di questo passaggio momentaneo del dritto testamentario nella giurisdizione ecclesiastica rimase pertanto qualche cosa di utile. Si è la volgarizzazione del testamento; l'uso generale di un dritto, che tocca sì essenzialmente alla libertà dell'uomo, o della proprietà.

Ma nel mentre che il testamento faceva questo progresso nelle abitudini nazionali, il dritto consuetudinario formulava, tuttochè senza spirito di ostilità, una regola celebre, e popolare, la quale discostandosi dal dritto romano, toglieva al testatore una porzione del dritto eminente, che gli si riconosceva ne' paesi di dritto scritto. La legge delle Dodici Tavole aveva detto: « *Dicat testator, et erit lex* » Il dritto consuetudinario diceva al contrario al testatore: « Non v'ha, che Dio, che possa fare un erede: » *solus Deus haeredem facere potest, non homo* (3). Il testatore poteva ben fare un legatario, anche universale; ma non poteva fare un erede; non aveva il potere di creare quest'altro sè stesso, il quale, per rappresentare pienamente il defunto, deve avere lo stesso sangue; sembrava, che l'uomo usurpasse il potere di Dio, mettendo la sua volontà al posto della natura; l'impossessamento dei beni apparteneva dunque allo erede naturale: lo erede testamentario non poteva essere impossessato, che da lui. Vedremo bentosto (4), come questa massima serve a' legisti nella loro lotta contro il potere feudale. Son propensissimo a credere, che essi non l'accreditarono, che per farsene una macchina da guerra destinata a battere in breccia le pretensioni dei signori.

Vi era tuttavia un ordine di disposizioni che aveva il privilegio di fare un erede; era l'istituzione contrattuale o istituzione di un erede fatta in contratto di matrimonio (5).

Essa dovè questo privilegio eccezionale al suo carattere, che si mescolava d'un elemento convenzionale notevolissimo, e che investiva l'istituito, non come un testamento, ma come fa un contratto tra vivi, il quale disinveste attualmente, e produce degli effetti presenti, senza attendere l'avvenimento della morte.

Poichè sen presenta l'occasione, diremo qualche cosa di questo genere di disposizione.

Le nazioni germaniche non ebber mica le stesse prevenzioni dei Romani contro i patti di successione futura (6). A Roma questi patti erano odiosi (7); presso i popoli di origine germanica go-

(1) Clermont en Argonne, ch. 7, art. 2: « Toutes personnes libres, franches et saines d'entendement, usans de leurs droits, peuvent faire testament tant pour le salut de leurs âmes que pour choses pieuses, comme pour disposer de leurs meubles estans en aage, savoir la femelle à quatorze ans, le masle à dix huit; mais ne peuvent disposer de leurs immeubles qu'ils n'aient atteint l'aage de vingt-cinq ans, si ce n'est pour legs pieux, pour lesquels ne (il me semble qu'il faut supprimer cette négation ou suppléer *ne que*) pourront disposer de leurs acquêts et du tiers de leur naissant. »

Arrogi Touraine, art. 233. Étampes, art. 103.

(2) Parigi, art. 292. Orléans, art. 292. Normandia, art. 427. Bretagna, art. 199.

(3) Glanville, *De legibus Angliae*, VII, 1.

(4) *Infra*, p. CXLI.

(5) *Infra*, n° 2343 e s.

(6) *Supra*, p. CIV.

(7) Stazio, *Silvarum*, lib. 4, 7, v. 33.

Orbitas omni fugienda nisu,
Quam premit votis inimicos haeres,
Optima poscens, pudet heu! propinquum
Funus amico.

devano di molto favore. A parer loro, la proprietà avendo un carattere di solidalità per tutta la famiglia, era naturalmente chiamata a prender parte alle disposizioni, che l' affettavano.

Per lunga pezza i patti di successione futura furon praticati in Francia (1); furono molto in voga nei bassi secoli.

Allorchè i feudi divennero patrimoniali, ed ereditari, il signore *suzerain* ebbe un interesso di prim' ordine, acciò il feudo che dipendeva da lui fosse convenevolmente servito. Era quindi parte necessaria al matrimonio delle figlie chiamate a succedere a questa terra militare, privilegiata; interveniva anzi al contratto di matrimonio de' maschi succedibili, perchè un matrimonio influisce sempre sulla condizione dell'uomo: « *Quia*, dice Decio, *sub tali pacto matrimonii, nobiles inveniunt nobiliores per quos nobilitas crescit* (2). » I contratti di matrimonio stipulati sotti gli occhi del signore furono dunque specialissimamente l'oggetto di patti relativi alla successione del feudo. Ciò appunto ha fatto dire a Boerio (3), citato da Montesquieu (4), che i soli nobili ebbero in prima la libertà di disporre delle successioni per contratto di matrimonio, il che mi sembra vero nel senso, che i nobili, fedeli a rimembranze di origine germanica, conservavano pei patti di successione una predilezione, che non avevan mica le altre classi della società, meglio disposte in favore del dritto romano.

Checchè ne sia, i patti di successione futura essendo stati vivissimamente impugnati al risorgimento del dritto romano, i feudisti non poterono lottare contro i romanisti sul carattere di queste convenzioni prese in generale; furono oppressi dall' autorità delle leggi romane, ed in principio il dritto franco germanico fu costretto a indietreggiare. Ma in ciò che concerne i patti di succedere fatti nei contratti di matrimonio, patti così utili alla nobiltà, e così necessari pel servizio de' feudi, i feudisti si difesero energicamente: fecero valere i privilegi del contratto di matrimonio, ed ottennero per essi un' eccezione.

L'istituzione contrattuale divenne d' allora in poi uno stabilimento del dritto francese; prevalse sul dritto romano, vinto sotto questo rapporto dal dritto germanico, e non tardò a divenire di dritto comune (5).

Mentre questo lavoro si operava in favore dell' istituzione contrattuale in danno del dritto romano, se ne faceva un altro in danno del dritto feudale, in favoro della proprietà non nobile. Abbiamo veduto pocanzi questa proprietà uscire dalle mani della servitù; una volta entrata nelle vie della libertà volle sfuggire interamente alle sue antiche restrizioni.

Si sa già, che la proprietà feudale, inceppata nel suo sistema gerarchico, era assoggettata a pagare un dritto di rilevio per le trasmissioni successorie di cui era l' obbietto. Nell' origine le censive, e proprietà ignobili avevano subito la stessa legge (6). Il signore era reputato la fonte d'ogni proprietà, egli era il principe del suolo (7). « Niuna terra senza signore » e i tenitori dovevano riconoscere questa signoria in ciascun movimento della proprietà (8). Ma allato della regola feudale ne esisteva un'altra più generale, più popolare; era la regola « il morto investe il vivo ». Essa non era uscita da una rotaia, come dice mal a proposito Cuiacio: *de via collecta*. Era stata suggerita ai legisti dalle pretensioni feudali sulla proprietà de' vassalli. I legisti non avevano soltanto una scienza così estesa, come comportava l'epoca, essi sapevano ancora rischiararla col vivo sentimento della libertà privata. Urtati da un sistema che subordinava alle sue combinazioni le leggi della natura, e l' indipendenza della proprietà, si sforzarono di annullare quest'elemento parassito che veniva a insinuarsi fra i membri della stessa famiglia, che rompeva il legame del padre al figlio, dei parenti a' pupenti, ed esigeva che tutto ritornasse in sua mano, perchè tutto portasse il carattere della sua dipendenza. La regola « il morto impossessa il vivo » già in vigore sotto S. Luigi (9), fu il loro punto d'appoggio principale. Essa loro serviva a congiungere il possesso del defunto a quello dell'erede, e a non fare che una sola e medesima persona di questi due proprietari successivi. Vanamente il signore, eliminato da quest'unità, e da questa continuità non interrotta della famiglia, obbiettava che il defunto si presumeva avergli rimesso, morendo, il possesso de' suoi beni, perchè egli ne investisse il figlio, o il parente più prossimo; i legisti gli rispondevano, che il morente non aveva potuto spossessarsi a suo favore, che facendo un' istituzione d' erede con fedecomesso, e per un' altra regola non

(1) *Masuerii practica forensis*, t. XXXII, n 16. *Junge* P. De Fontaines, ch. 15, § 7.

(2) *Comm* 225, n. 1.

(3) *Decision* 155, n. 8. *Junge* De Laurière, *Instit. cout.*, ch. 1, n. 24.

(4) *Esprit des lois*, 31, 34.

(5) V. su ciò de Laurières, *Tr. des Inst. cont*, c. 1. Merlin Rep. v° *Ist. cont* ec.

(6) Il mio articolo sulle Cons d' Amiens.

(7) Antichiss. cons. di Bret. art. 184.

(8) *Ivi* p 145.

(9) *Stab.* lib 2, c. 4. Il mio articolo cec p. 147.

meno imbarazzanle per l' esigenza del signore, « Dio solo può fare un erede (1). » Gli argomenti giuridici erano allora di un gran peso; questi chiusero la bocca ai signori, e la successione ignobile fu salvata dalla sovranità feudale.

La redazione delle consuetudini al XVI secolo consolidò questa vittoria del dritto naturale. In ciò come in tanti altri punti, esse seppero *moderare*, *correggere*, *diminuire* ciò che le antiche pratiche aveano di *duro*, di *rigoroso*, o d'irragionevole (2).

Ma mentre che i legisti rendevano alla proprietà questo servigio segnalato, cadevano senza accorgersene in un' insidia, che per poco non divenne funesta alle loro tendenze liberali. Per meglio assoggettare la proprietà feudale all'unità reale, per meglio far sentire l' autorità del Re su i signori investiti de'suoi smembramenti, per meglio minare, in una parola, la feudalità nella sua base, togliendole il famoso principio, *non v' è terra senza signore*, avevano stabilito, che il Re era il sovrano feudale del suo regno, che per conseguenza tutte le possessioni feudali dipendeano da lui, e che egli era fondato in dritto generale, benchè non speciale, su tutte le terre del suo regno. Questi giureconsulti non avevano avuto menomamente il pensiero d' attribuire al Re la proprietà delle terre di Francia; avevano voluto dire solamente, che il Re aveva sul territorio un' autorità di sovranità, di polizia, di giurisdizione pel bene comune (3); che il suo dominio non gli dava nulla di speciale su i beni dei suoi sudditi; ma solo un'autorità generale (4). Queste proposizioni non han nulla, che si allontani da' veri principi. Sono quelle del cancelliere Giovanni Giovenale degli Ursini, e di Loyseau (5) che rinchiudono l' autorità reale nell' esercizio della potestà pubblica, e le ricusano il dritto d' invadere « sulla signoria privata de' beni di particolari (6) » Ma i demanisti ne abusarono secondo il loro uso, e le loro dottrine eccessive essendo passate in mano de'cortigiani, accadde, che questi ultimi si misero a dire al Re « que « tous les biens de ses sujets étaient à lui, et « que la France estant une source inépuisable « de richesses, il n'y avoit point de prodigalité « qui le pût incommoder (7) ».

Sotto Luigi XIII gli agenti fiscali furono abbastanza forti per far istabilire nell'art. 383 dell' ordinanza di Gennajo 1629, che il Re aveva il diretto dominio di tutte le terre; che per conseguenza tutte le terre, erano ridotte allo stato di feudo per rapporto al Re, e che non vi erano nel regno franchi allodii (8). Questa idea fu ripresa sotto Luigi XIV, e Desmarets, in cui il Re aveva messa tutta la sua fiducia per le finanze, immaginò di servirsene, per istabilire, fra tante imposte, una decima reale su tutti i beni di ciascuna comunità, e di ciascun particolare del regno (9). Qualunque fosse l' alta idea, che il Re avea del suo potere, si spaventò di questa tassa.

La sua coscienza retta, e la sua mente naturalmente giusta lo faceano dubitare, che egli potesse prendersi così il bene di tutti, e cadde in una tristezza così profonda che Marechal suo primo chirurgo ne fu colpito e gliene parlò.

Qualche giorno dopo, il Re si mostrò più sereno, e raccontò a Marechal la causa di questa melanconia, della quale egli si trovava ora sollevato. Il progetto di Desmaret aveva contristato l' anima sua, ma il padre Letellier, lo aveva consolato recandogli una consultazione de'più abili dottori di Sorbona, che decideva nettamente, che tutti i beni de' suoi sudditi spettavano a lui in proprietà, e che quando essi li prendevano, non prendevano che ciò che a lui apparteneva. Il Re aggiunse, che questa decisione gli aveva tolti i suoi scrupoli, e gli aveva reso la calma e la tranquillità (10). In conseguenza il Re tenne per formalità un consiglio, e fece indi bandire in un editto del 1692 questo sanguinoso affare del decimo (11).

Bisogna, che la consultazione de' dottori di Sorbona sia profondamente penetrata nello spirito di Luigi XIV per falsarne la sincerità; poichè nella sua istruzione al Delfino, egli dice: tutto ciò che si trova nell' estensione dei nostri stati, di qualunque natura sia, ci appartiene allo stesso titolo. Voi dovete esser ben persuaso, che i Re sono signori assoluti, e hanno naturai-

(1) *Ivi* p. 148.

(2) *Ivi* p. 150.

(3) Domoulin, § 1, glosa 2, o. 66, dice: « *Quando « commune bonum et reipublicae necessitas hoc exposcit, tunc ad hunc duntoxat finem omnia sunt regis.* »

(4) Sainson sur la Cout. de Tours, t. *Des justices*, art. 3. « *Licet rex christianissimus non sit fundatus de jure « communi in dominio rerum in regno suo sitarum, est « tamen fundatus in universo.* » Championnière, *De la propriété des eaux courantes*, o. 176.

(5) Il mio piccolo *Tratt.* della *Propr.* c. 21.

(6) Loyseau, *Seigneuries*, c. 5, n. 42.

(7) Mézeray. Ciò diceasi, secoodo lui, a Errico III.

(8) Il mio *Tratt.* della *Prop.* Champ. *ivi*, o. 192.

(9) Saint-Simon, t. IX, p. 44, e s.

(10) *Ivi.*

(11) *Ivi.* V. l'editto in Furgole. *Tr. del franco allodio* c. 13, o. 185.

mente la disposizione piena, e libera di tutti i beni che si posseggono, tanto dagli ecclesiastici, che dai laici, per usarne in tutto, come saggi economi (1).

Quando si sa che è la falsa e compiacente scienza di certi dottori, che pervertisce a questo punto le nozioni del vero in un cuore leale, come non si deve poi temere di vedere le bocche servili o mercenarie farsi all' orecchio dei principi?

Noi abbiamo ricordato questo fatto curioso, perocchè è questa teoria d' un dritto superiore sulla proprietà privata, la quale dopo di essersi trasmessa dai signori feudali al Re, e dal Re allo Stato, contagiò lo spirito di Mirabeau, e di Tronchet, e fu la base delle loro argomentazioni contro la legittimità naturale del dritto di testare. Noi discuteremo questo punto con essi nella parte dogmatica di quest'opera (2), qui non vogliamo che raccontare. Ci basterà di dire, che questa teoria del dritto dello Stato, qualificato dritto sociale dalla scuola rivoluzionario, è caduta in odio dinanzi il tribunale della pubblica opinione, e che il Codice Napoleone l' ha, fortunatamente, condannata in nome della ragione, e del dritto naturale. Questo sarà il punto dal quale partiremo per difendere il dritto di testare contro i suoi avversari, e crediamo, che la nostra dimostrazione sarà vittoriosa.

Noi non pretendiamo mica dire, che questo dritto del padre di famiglia non arrechi qualche abuso. Tutto ciò che fa l' uomo non ha egli il suo lato debole? Labruyère ha messo in veduta le liti, le discordie, le decezioni, che ingenera spesso il testamento:

« Se non vi fosse il testamento per regolare il dritto degli eredi, io non so se vi sarebbe bisogno dei tribunali per regolare le dispute degli uomini. I giudici sarebbero quasi ridotti alla trista funzione d' inviare alla forca i ladri e gl' incendiari.

« Chi si vede nelle anticamere, nel *parquet*, alla porta, o nella sala del magistrato? Degli eredi ab intestato?

« No, le leggi han provveduto alle loro divisioni; vi si vedono i testamentari, che litigano per la spiegazione di una clausola, o di un articolo, le persone diseredate, quelli che si dolgono d'un testamento fatto con agio, con maturità, da un'uomo grave, abile, coscienzioso, e che è stato ajutato da un buon consulente; d' un atto in cui il pratico non ha niente omesso del suo gergo, e delle sue finezze ordinarie. Esso è sottoscritto dal testatore, e dai testimoni pubblici, è cifrato, ed appunto in questo stato è dichiarato nullo, ed irrito.

« Tizio assiste alla lettura d'un testamento con gli occhi rossi ed umidi, ed il cuore chiuso per la perdita di colui, dal quale egli spera raccogliere la successione: un articolo gli dona la carica, un altro le rendite di città, un terzo lo rende padrone di una terra in campagna. Havvi una clausola, che, bene inteso, gli accorda una casa situata in mezzo Parigi, siccome si trova, e con i mobili; la sua afflizione aumenta, le lagrime gli colano dagli occhi; v' è mezzo di contenerle? Egli si vede ufficiale, alloggiato in campagna, ed in città, in case mobiliate, si vede una buona tavola, ed una carrozza. Havvi egli al mondo un uomo più onesto del defunto, un uomo migliore? V'è però un codicillo, bisogna leggerlo, egli fa Mevio legatario universale, e rinvia Tizio nel suo sobborgo, senza rendite, senza titoli, e lo lascia andare a piedi. Questi asciuga le sue lagrime: tocca a Mevio ad affliggersi (3). »

Queste descrizioni sono argute. Un moralista, che dipinge dei caratteri, è padrone di scegliere il suo soggetto, e di dare la preferenza al bozzo delle bizzarrie, e delle ridicolosità dell' uomo, per meglio divertire i suoi lettori. Ma il magistrato presso il quale il bene finisce, come il male, studia sotto un aspetto più generale e più completo la lotta degl' interessi umani, e la sua imparzialità sa tener conto del lato buono delle istituzioni. Ho veduto ben io dei testamenti bizzarri dalle leggi romane fino ai nostri giorni, la materia non manca affatto.

L'uno vuole, che il suo erede porti sopra le spalle il suo cadavere unto d'olio (4); l'altro che i suoi avanzi sieno gittati a mare (5), questi che il suo corpo sia seguito da ventiquattro poveri vestiti dei suoi panni, che non siano nè gobbi, nè ciechi, nè monocoli, nè zoppi, nè scabbiosi, e che siano di buona taglia, e ben fatti (6), quegli compiacendosi all'idea della morte, che spaventa gli altri, fa diciassette testamenti (7). Egli crede aver tutto preveduto, siccome il defunto Marchese d'Aligre, ed ognuno de'suoi innumerevoli testamenti, che si è obbligato di far legare in

(1) *Opere di Luigi* XIV, t. II, p. 93. V. il mio *Trat. della Propr*.

(2) *Infra* ni 12 e s.

(3) Caratteri, c. 14. *Di certe usanze*.

(4) *Infra*, n 218.

(5) *Infra*, ni 218 e 223.

(6) Testam. della vedova Roquemont (*Rac. C. D.* p. 142, e s.

(7) La signora Dufour de Villeneuve ud. della C. di Parigi (1ª Cam.) 18 nov., e 9 e 19 dic. 1851.

un volume per cavarne le mani, da luogo ad una lite, e forma un soggetto di contraddizione (1). Io potrei moltiplicare all' infinito gli esempi di testamenti singolari, e fantastici.

Ma poichè il testamento non è, che l' uomo stesso, vorrebbesi che fosse sempre sennato, nel mentre l'uomo è sovente sì poco ragionevole? Appunto perchè la libertà di testare è soggetta a delle abberrazioni, la legge ha dovuto intervenire per regolarne equamente la forma, ed il fondo. A questo proposito Quintiliano ha benissimo osservato, che vi son delle cose, che sono di dritto naturale, ma di cui il dritto civile ha dovuto moderare l' eccesso: tale è la libertà de' testamenti. Testare è di dritto naturale, ma la libertà illimitata dei testamenti, potendo avere degl' inconvenienti, è stata moderata dal dritto civile. Ecco ciò che esprime quest' autore con queste parole: ***Est aliquid aequum, sed prohibitum jure, ut libertas testamentorum*** (2).

Sicuramente è d'uopo temperare con prudenti precauzioni la libertà de' testamenti. Ma Quintiliano ha gran ragione di dire, che il testamento in sè stesso ripete i suoi dritti dall' equità naturale.

Esso è la conseguenza, ed il completamento del dritto di proprietà; è la consolazione del padre di famiglia, e risponde ai bisogni di un cuore riconoscente, che vuol ricompensare le cure di una sposa, i meriti di un figlio, i servizi d' un amico. Un popolo non è libero, se non ha il dritto di testare, e la libertà del testamento è una delle più grandi pruove della sua libertà civile.

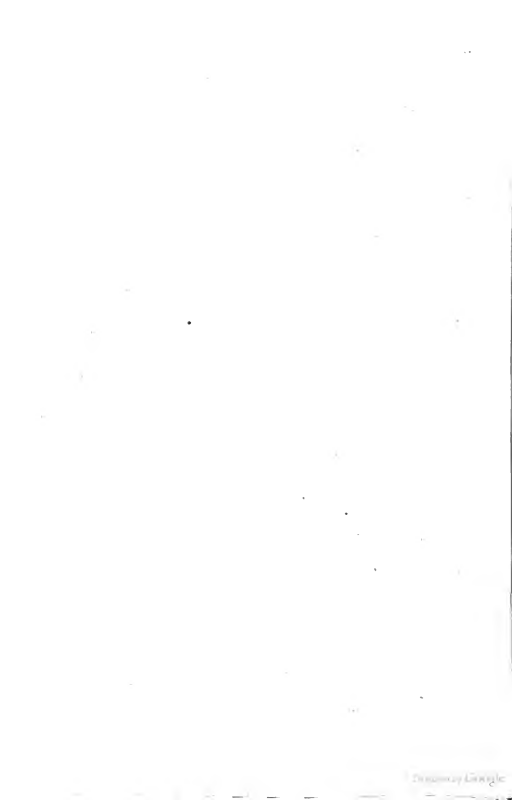
Chi potrebbe d'altronde non rispettare le ultime parole di un morente? La volontà dell' uomo, allorchè è stata idealizzata con la morte, è una delle più grandi potenze morali di questo mondo. Noi vediamo nei libri santi, che la benedizione dei patriarchi si estende sulla famiglia come un decreto venuto da Dio. Dappertutto, ed in tutti i paesi conosciuti, inciviliti o no, i desideri espressi dal padre, nel suo momento supremo, parlano più altamente ai figli raccolti, che tutte le leggi dell'ordine civile.

Il testamento di Cesare fece tremare i suoi nemici, quello di Luigi XVI ha condannato, o placato i suoi, e l' ultima lagrima versata sulla Francia dall' esulo di Sant' Elena tocca il cuore sì profondamente, come le gesta del vincitore dell'Europa eccitano l'ammirazione.

(1) V. gli arresti resi dalla 1ª Cam. della C. di Parigi, sotto la mia presidenza, per liquidare la successione di quell'uomo opulento, imbrogliata dalla mania di testare.

(2) *Instit. orat.*

FINE DELLA PREFAZIONE.

Digitized by Google

APPENDICE

ALLA PREFAZIONE DEL TROPLONG

(DAL LOCRÉ)

I.

NOTIZIA STORICA

Della compilazione e discussione del Tit. II del Lib. III.

Il titolo *delle donazioni e de' testamenti* è uno di quelli del terzo libro che ha dato luogo alle più estesa discussioni. Non si è insistito sulle disposizioni particolari, giacchè è ben facile comprenderne i motivi e lo spirito. Ma le grandi quistioni cui dà luogo la materia, le quistioni fondamentali, sono state trattate con tutta la profondità che dovevasi aspettare dai grandi ingegni tra' quali furono discusse. Ci è ora permesso di lodare questi nomini giustamente celebri con tanta minore riservatezza, in quanto che la maggior parte di essi sventuratamente non è più in vita!

Il laborioso Bigot-Préameneu, quale rappresentante della sezione dell'interno, presentò dapprima al consiglio di stato, nella sessione del 30 nevoso anno XI (20 gennajo 1803), un dotto rapporto sulla quistione della legittima.

Il 7 piovoso anno XI (27 gennajo 1803), egli presentò il progetto di legge.

Il consiglio se ne occupò nelle sessioni de'7, 14, 21 e 28 piovoso, 5, 12, 19, 26 e 27 ventoso, e 3 germinale anno XI (20 27 gennajo, 3, 10, 17, 24 febbrajo, 3, 10, 17, 18 e 24 marzo 1803), e lo ammise in quest' ultima sessione.

Questa compilazione fu comunicata officiosamente alla sezione di legislazione del tribunato, la quale fece delle numerose osservazioni. Molte contengono semplici rettificazioni grammaticali; ed io ho trascurato quelle che non andavano più oltre; ma ho per contrario accennato nel comentario anche i cambiamenti di compilazione, quante volte essi potranno rischiarare lo spirito della legge; con più ragione ho esposto le osservazioni che cadevano direttamente sia sulla teoria generale, sia sulle disposizioni della legge e che fanno palesi le intenzioni del legislatore.

Le osservazioni del tribunato furono riferite e discusse al consiglio di stato nella sessione del 24 germinale (14 aprile), e non hao lasciato di produrre dei cambiamenti assai considerevoli in alcune importanti parti della legge.

Il 2 fiorile anno XI (22 aprile 1803) il signor Bigot Préameneu, accompagnato dai signori Thibaudeau e Duchatel, presentò il progetto al corpo legislativo e n' espose i motivi.

Il 3 (23 aprile) il corpo legislativo lo comunicò officialmente al tribunato.

Il 9 (29 aprile), il signor Jaubert ne fece il rapporto all' assemblea generale, o propose di metterne a partito l' ammissione.

Il 10 (30 aprile) il tribunato emise il voto, colla maggioranza di cinquantaquattro voti contro due.

Il 13 (3 maggio) il voto del tribunato fu portato al corpo legislativo da' signori Jaubert, Favard, e Sedillez: il signor Favard n' espose i motivi.

Lo stesso giorno il corpo legislativo decretò il progetto, colla maggioranza di duecento venti voti contro tre.

La nuova legge è stata promulgata il 23 fiorile anno XI (13 maggio 1803).

II.

Sposizionne de' motivi fatta dal signor Bigot-Préameneu, *consigliere di Stato ed oratore del governo, nella sessione del corpo legislativo del 2 fiorile anno XI* (22 aprile 1803).

1. Legislatori, il titolo del codice civile il quale ha per oggetto *le donazioni tra vivi ed i testamenti*, fa sovvenire tutto ciò che può più vivamente importare all'uomo, e ciò che può richiamare tutte le sue affezioni. Voi siete per pronunciare sul suo diritto di proprietà, sui limiti della sua indipendenza nell'esercizio di questo diritto: voi siete per istabilire la base principale dell'autorità dei padri e delle madri sui loro figliuoli, e per determinare le relazioni d'interesse che debbono unire tra di loro tutti

gli altri parenti; voi siete per regolare la liberalità, compatibile coi doveri di famiglia, negli atti di beneficenza e negli attestati di amicizia e di riconoscenza.

Ella è difficil cosa il convincere colui il quale è abituato a considerarsi come padrone assoluto del suo patrimonio, che egli non è punto spogliato di una parte del suo diritto di proprietà, allorchè lo si vuole assoggettare a regole relative, sia alla quantità dei beni di cui può disporre, sia alle persone che sono l'oggetto della sua affezione, sia alle forme colle quali deve manifestare la sua volontà.

Questo sentimento d'indipendenza nell'esercizio del diritto di proprietà acquista una nuova forza secondo che l'uomo si avanza nella sua carriera.

Allorchè la natura e la legge l'hanno costituito capo e magistrato della sua famiglia, egli non può esercitare i suoi diritti ed i suoi doveri, se non ha i mezzi come ricompensare gli uni, punire gli altri, incoraggiare coloro che ben si comportano, dare dei conforti a quelli che provano le disgrazie della natura o i cambiamenti della fortuna: questi mezzi consistono principalmente nel migliore impiego del suo patrimonio, e nella distribuzione che gli vien suggerita dalla sua equità e saggezza.

Colui il quale ha perduto gli autori dei suoi giorni e che non ha la felicità di esser padre, creda ancora di avere diritto ad una maggior indipendenza nelle sue disposizioni: egli non deve seguire che l'inclinazione delle sue affezioni o della sua riconoscenza. Se i suoi parenti han rotto ovvero non han conservato i legami che li hanno uniti, egli crede di non dover adempiere verso di essi a verun dovere.

Ma, specialmente quando l'uomo vede approssimare il termine della sua vita, avviene che si occupi maggiormente della sorte di coloro che debbono rappresentarlo dopo della sua morte. Allora egli prevede l'epoca in cui non potrà più, mediante una giusta bilancia, render felici tutti i membri della sua famiglia, ed in cui i buoni parenti verso i quali egli avea dei doveri da adempiere, non si distingueranno più da coloro i quali non aspiravano che al possesso dei suoi beni.

Nel tempo appunto in cui la Parca fatale comincia ad esser minaccevole, l'uomo cerca la sua consolazione ed il modo di rassegnarsi con minor pena alla morte, disponendo a suo grado delle proprie sostanze.

2. A queste idee d'indipendenza nell'esercizio del diritto di proprietà, taluni giureconsulti oppongono che colui, il quale dispone per un tempo in cui più non esisterà, non esercita un diritto naturale, che non vi ha proprietà se non nel possesso il quale finisce con la vita, che la trasmissione dei beni dopo la vita del possessore appartiene alla legge civile, il cui oggetto si è di prevenire il disordine al quale la società andrebbe esposta, se i suoi beni fossero allora la preda del primo occupante, o se bisognasse dividerli tra tutti i membri della società, come una cosa divenuta comune a tutti.

I giureconsulti pretendono che l'ordine primitivo e fondamentale della trasmissione dei beni dopo la morte è quello delle successioni *ab intestato*, e che se l'uomo ha un qualche potere per disporre pel tempo in cui egli più non esisterà, è questo un beneficio della legge, è una parte del suo potere che ella gli cede, stabilendo i limiti che egli non può eccedere, e le forme alle quali va soggetto; che la trasmissione successiva delle proprietà non avrebbe potuto esser abbandonata alla volontà dell'uomo, volontà che non sempre può esser manifestata, che spesso è il ludibrio delle passioni, che, troppo variabile, non sarebbe bastata per istabilire l'ordine generale richiesto dalla conservazione della società, e che la sola legge può calcolare su di regole giuste e stabili.

Ma questo sistema è combattuto da altri pubblicisti, i quali lo considerano come capace di scuotere i fondamenti dell'ordine sociale, alterando i principi del diritto di proprietà. Essi credono che questo diritto consiste essenzialmente nell'uso che ciascuno può fare di ciò che gli appartiene, che se la sua disposizione non deve aver luogo se non dopo la sua morte, non però di meno è fatta durante la sua vita, e che ricusandoglisi la libertà di disporre viensi a ridurre la sua proprietà ad un semplice usufrutto.

Nel mezzo di queste discussioni havvi una guida che puossi seguire con sicurezza: questa guida è la voce che la natura ha fatto sentire a tutti i popoli, e che ha dettato quasi tutte le legislazioni.

I legami del sangue che uniscono e raffermano le famiglie son formati dai sentimenti di affezione che la natura ha messo nei cuori dei parenti, gli uni per gli altri. La forza di questi sentimenti cresce in ragione della prossimità di parentela; ed è portata al più alto grado tra i genitori ed i loro figliuoli.

Nessun savio legislatore vi è mai stato il quale non abbia considerato questi diversi gradi di affezione, come norma del miglior ordine di trasmissione dei beni.

Così la legge civile, per esser perfetta su tal subbietto, non deve niente creare; ed i legislatori non se ne sono allontanati se non quando han sacrificato all'interesse della loro potenza il più gran vantaggio ed il minore ordinamento delle famiglie.

Allorchè la legge non deve seguire se non gli stessi movimenti della natura, allorchè per la trasmissione dei beni ella non deve consultare se non il cuore di ciascun membro della famiglia, potrebbesi credere come affatto indif-

Digitized by Google

ferente che la trasmissione dei beni si eseguisse per volontà dell'uomo o per autorità della legge.

Ciò non pertanto qualora si parte da queste prime idee, vi ha un evidente vantaggio a permettere che, fino ad un certo grado, la volontà dell'uomo sia quella che agisca.

La legge non può aver oggetto se non l'ordine generale delle famiglie. I suoi sguardi non possono fissarsi su ciascuna di esse, nè penetrare nel loro interno per calcolare i mezzi, i costumi ed i bisogni di ciascuno dei loro membri, e per regolare ciò che più converrebbe alla loro proprietà.

Questi mezzi di conservazione non posson aversi che dal solo padre di famiglia. La sua volontà sarà dunque meglio adatta ai bisogni ed ai vantaggi particolari della sua famiglia.

Il bene che la legge può ritrarre dalla libertà accordata alla volontà dell'uomo è troppo preziosa e non merita di essere trascurato; e però ella non deve far altro se non che prevedere gl'inconvenienti che potrebbero risultare dall'essersi intieramente rimessa in balia di questa volontà la sorte delle famiglie.

Una tal volontà qualche volta forse non si è manifestata, sia per negligenza, sia per incertezza dell'ultimo momento; ancora può darsi che fosse stata stravolta da ingiuste passioni, ma sia che il padre di famiglia non abbia adempiuto alla sua missione, sia che abbia violato i doveri ed i sentimenti naturali, la legge non deve porsi nel suo luogo se non per riparare alle sue omissioni ed ai suoi torti.

Se la volontà non è stata manifestata, la legge non dee stabilire una nuova regola. Ma si uniforma, relativamente all'ordine delle successioni, a ciò che fanno i parenti, allorchè seguono i gradi naturali della loro affezione. Se non è la volontà dichiarata di colui che è morto, è la sua volontà presunta che esercita il suo impero.

Allorchè questa è smentita dalla ragione, allorchè invece di esercitarsi il più bel diritto della natura, si reca a questa un oltraggio; allorchè invece del sentimento che consiglia di conservare la volontà, è stata dettata da un sentimento di distruzione e di disordinamento, la legge non fa che toglierle quanto è l'effetto delle passioni nocevoli, per conservarle tutto ciò che è di ragione. Essa non annulla le liberalità eccessive, ma le riduce soltanto. La volontà non soffre veruna opposizione per tutto ciò che ha di compatibile con l'ordine pubblico.

Laonde i proprietari i più gelosi della loro indipendenza non hanno di che lamentarsi, eglino non possono riguardarla come violata dalla legge civile, a che questa legge supplisca alla loro volontà non manifestata, con lo stabilire l'ordine delle successioni, o che per mezzo di regole sulle donazioni e sui testamenti mantenga questa volontà tra giusti limiti.

Questa facoltà di disporre dei propri beni, o che sia un beneficio della legge, o che sia l'esercizio del diritto di proprietà, niente vi ha di più indifferente, purchè la legge non sia contraria ai principi ora esposti. Se altrimenti avvenisse, se il legislatore mosso da idee politiche avesse rigettato l'ordine indicato dalla natura per la trasmissione dei beni, se la facoltà di disporre fosse ristretta tra limiti molto angusti, sarebbe cosa ridicola il sostenere che questa facoltà così ridotta fosse ancora un beneficio, e che, sotto l'impero di una simigliante legge, si godesse un libero esercizio del diritto di proprietà.

Ma per buona sorte il sistema, secondo il quale la facoltà di disporre ha tutta l'estensione richiesta dai sentimenti e dai doveri di famiglia, è quello che meglio si adatta a tutte le forme di governo, purchè questo non sia assolutamente dispotico.

Ed in vero, allorchè le famiglie avranno un politico interesse acciocchè la distribuzione dei beni riceva delle modificazioni, da una parte quest'interesse entrerà nei calcoli del padre di famiglia, o dall'altra la sua ambizione o la sua vanità saranno contenute dai doveri che la legge non gli permetterà di trasgredire. La legge, la quale concedesse all'ambizione la facilità di sacrificare questi doveri, sarebbe distruttiva delle famiglie, e non potrebbe per verun riguardo reputarsi buona.

Fa d'uopo osservare ancora che la legge civile, la quale meno si allontana dalla legge naturale, appunto perchè può piegarsi alle diverse forme di governo, può meglio determinare il diritto di proprietà, e preservarlo dai funesti effetti delle rivoluzioni.

Allorchè la facoltà di disporre, racchiusa tra giusti limiti, presenta di siffatti vantaggi, non è da maravigliare che si trovi consacrata in quasi tutte le legislazioni.

I più antichi monumenti della storia forniscono le pruove dell'uso dei testamenti, senza che possa scovrirsi l'epoca in cui un tale uso abbia avuto cominciamento.

Esso ebbe luogo presso gli Egizi.

Si trova nelle città di Sparta, di Atene, ed in tutte le contrade della Grecia.

Allorchè, trecento anni circa dopo la fondazione di Roma, i suoi deputati tornaron di Atene con la raccolta delle leggi da essi adottate, quella che riguarda i testamenti così si esprime: *Pater familias, uti legassit super familia, pecuniaque sua, ita jus esto.*

I Romani dunque, mossi allora più che mai dal sentimento della pubblica libertà, credero no non poterle dare un più saldo fondamento, se non concedendo un'assoluta libertà al padre di famiglia. Essi temeron senza dubbio che la legge s'ingannasse più facilmente che l'affezione paterna, e questa savia considerazione fu una delle basi del loro governo.

Digitized by Google

I testamenti eran conosciuti tra' Galli innanzi che vi fosse introdotto il diritto romano. *Marcolfo*, ne'la sua raccolta di formole, ci ha conservato quella di cui faceasi uso per trasmettere a questo modo i propri beni.

La facoltà di disporre, sì per donazione che per testamento, fa parte della legislazione di tutti i popoli di Europa.

Presso gli uni, e questi come si è osservato formano il maggior numero, i legislatori han preso per base di tutto il loro sistema la presunzione dei differenti gradi di affezione dei parenti tra loro, e la loro confidenza in quest'affezione li ha determinati a lasciare ai parenti medesimi tutta la libertà che può conciliarsi coi doveri che la natura non permette di trasgredire.

Altri legislatori hanno stabilito egualmente l'ordine delle successioni sulle presunzioni dell'affetto secondo i gradi di parentela; ma per una specie di contradizione, non avendo veruna confidenza nei parenti, hanno imposto a costoro dei stretti limiti in quanto alla facoltà di disporre verso i loro parenti. Questa volontà, in taluni paesi, è stata intieramente incatenata.

Altri finalmente sonosi allontanati da questi principj; eglino han creduto che nel numero delle facoltà congiunte col loro potere, fossevi quella di regolare il modo della trasmissione e della distribuzione dei beni. Essi non si sono contentati di dare una spinta alla volontà dell'uomo, ma l'hanno renduta quasichè nulla, non confidandole che una scarsa porzione di beni.

Nessuno ha dubitato, nella legge che vi è proposta, di dar la preferenza al sistema fondato sui gradi di affezione trai parenti, e sulla confidenza alla quale quest'affezione dà loro dritto.

3. Posto questo principio fondamentale sulla trasmissione dei beni, ha bisognato dedurne la conseguenze.

Quelle relative ai beni delle persone, che muoiono senza averne disposto, sono già state presentate nel titolo *delle successioni*.

Rimane a regolare ciò che riguarda le donazioni tra vivi ed i testamenti.

Fa mestieri stabilire primamente i principî generali, determinar la quota dei beni di cui è permesso disporre, e finalmente prescrivere le formalità necessarie per comprovare la volontà di colui che dispone e per assicurarne la esecuzione: questo è il disegno generale e semplice di una legge tanto importante.

4. In mezzo alle regole comuni a tutte le specie di disposizioni, e che sonosi allegate in principio della legge, la più importante è quella la quale conferma l'abolizione delle sostituzioni fedecommissarie.

Questa maniera di disporre di cui trovansi le prime tracce nella legislazione romana, non entra affatto nel suo primiero sistema di trasmissione dei beni. Il padre di famiglia potè, con piena indipendenza, distribuire i suoi beni tra coloro che esistevano per raccoglierli. Essi non ebbero l'autorità di creare a loro grado un ordine di successione, e di togliere così la prerogativa di coloro i quali, in ciascuna generazione, doveano ancor essi esser investiti della stessa magistratura.

Lo spirito di frode introdusse le sostituzioni: l'ambizione s'impossessò di un tal ritrovato e lo ha perpetuato.

Si era riuscito ad eludere la legge per giovare alle persone incapaci di ricevere: lo stesso mezzo si praticò per operare una trasmissione successiva anche in vantaggio di coloro i quali non trovavansi esclusi dalle leggi.

Ma non prima di Augusto, nell'ottavo secolo dopo la fondazione di Roma, furon autorizzati dalla legge i fedecommessi in favore delle persone capaci.

In Francia si contavano dieci consuetudini che regolavano circa la quinta parte del suo territorio, le quali proibivano o almeno restringevano tra limiti molto angusti la libertà di sostituire.

Nel rimanente della Francia, le sostituzioni furon da prima ammesse in un modo tanto assoluto, quanto presso i Romani, i quali non avean punto posto limiti alla loro durata.

Era impossibil cosa di conciliare con l'interesse generale della società una tal facoltà di stabilire un ordine di successione perpetua e particolare a ciascuna famiglia, ed anche un ordine particolare a ciascuna proprietà che formava l'oggetto delle sostituzioni. L'ordinanza di Orleans del 1560 dispose che quelle le quali sarebbonsi fatte in appresso non potrebbero oltrepassare due gradi; ma questo rimedio non ha fatto cessare i mali prodotti da questa specie di disposizioni.

L'esperienza ha provato che, nelle famiglie doviziose, questa istituzione non avendo per iscopo se non di arricchire l'uno dei suoi membri spogliando gli altri, era un germe sempre rinascente di discordie e di litigi. I numerosi parenti che eran sagrificati, spinti dal bisogno, poneano ogni loro speranza nelle controversie che elevavano, sia intorno alla interpetrazione della volontà, sia intorno alla composizione del patrimonio, sia intorno alla porzione dei beni sostituiti che essi potean distrarre, sia finalmente sulla omissione o sulla irregolarità delle formalità richieste.

Ciascun gravato non essendo che un semplice usufruttuario, avea un interesse opposto a qualunque miglioramento; i suoi sforzi tendevano a moltiplicare e ad anticipare i prodotti che potean ritrarre dai beni sostituiti, in pregiudizio di coloro che sarebbero chiamati dopo di lui, e che alla loro volta cercavano un compenso mediante nuovi deterioramenti.

Una gran parte delle proprietà trovavasi

Digitized by Google

perpetuamente fuori del commercio; le leggi, che avean limitato le sostituzioni a due gradi, non avena punto riparato od un tale inconveniente; colui il quale, a spese della intiera sua famiglia, avea goduto di tutte le prerogative congiunte ad un nome chiaro e ad un ricco patrimonio, non trascurava di rinnovare la stessa disposizione, e se, per diritto, ciascuna di esse era limitata ad un dato tempo, divenivano, pel fatto del loro rinnovamento, delle sostituzioni perpetue.

Coloro, i quali andavan carichi delle spoglie delle loro famiglie, avevano la cattiva fede di abusare delle sostituzioni per ispogliare ancora i loro creditori: una grave spesa facea presumere delle grandi ricchezze; il creditore il quale non era nel caso di verificare i titoli di proprietà del suo debitore, o che trascurava di fare una tale ricerca, era vittima della sua confidenza, e, nelle famiglie alle quali le sostituzioni conservavano la maggior quantità dei beni, ciascuna generazione era il più spesso macchiata da una vergognosa fallita.

Le sostituzioni non conservavano dei beni in una famiglia se non sacrificando tutti i suoi membri per riservare ad un solo lo splendore delle ricchezze; una simigliante di tribuzione non potea essere stabilita se non soffocando tutti i sentimenti di quell'affezione che è la prima base di una giusta trasmissione dei beni tra parenti. Non vi ha un maggior vizio nella composizione delle famiglie, quanto quello di tener nel nulla tutti i suoi membri, per dare ad un solo un ricco sostentamento, di ridurre coloro che la natura ha fatto uguali ad implorare i soccorsi e la beneficenza dal possessore di un patrimonio che dovrebbe esser comune; ed è assai raro che l'opulenza ispiri dei sentimenti di beneficenza e di equità, massime allorchè la sua origine non è pura.

Da ultimo, se le sostituzioni possono esser annoverate tra le istituzioni politiche, vi si supplisce in un modo sufficiente ed atto a prevenire gli abusi, concedendosi alle disposizioni tutta la libertà compatibile coi doveri di famiglia.

Tutte queste ragioni han fatto sì che si confermasse l'aboliz one delle sostituzioni, già pronunciato con la legge di ottobre 1792.

5. — Le regole intorno alla capacità di dare o di ricevere per donazione tra vivi o per testamento, formano il soggetto del primo capitolo.

Dai principi di già esposti sul diritto di proprietà ne segue, che ogni persona può dare o ricevere nell'uno o nell'altro modo, qualora la legge non la dichiari incapace.

La volontà di colui che dispone dev'esser certa.

Questa volontà non può neanche esistere, se egli non è sano di mente.

È bastato di enunciare a questo modo un tale principio generale, affin di lasciare ai giudici la più gran latitudine nella sua applicazione.

6. Colui, il quale dispone dei suoi beni, deve ancora esser giunto all'età in cui possa avere la riflessione e le conoscenze atte a regolar sè stesso.

La legge, per tal riguardo, non può essere stabilita che su di presunzioni.

Facea d'uopo scegliere tra quella che risulta dalla emancipazione, e quella che può dedursi da un dato numero di anni.

Molte ragioni si opponevano perchè si prendesse per norma l'emancipazione.

I padri e le madri posson emancipare i loro figliuoli, allorchè essi hanno quindici anni compiuti. Si è loro conceduto un tal diritto, perchè si è sperato che il loro affetto continuerebbe a guidare il figlio il quale, in così tenera età, non avrebbe le cognizioni sufficienti a regolare la sua vita, e per questa stessa ragione il minore che ha perduto i suoi genitori non può esser emancipato prima dei diciotto anni.

7. — Ciò non pertanto la facoltà di disporre dev'esser esercitata con un atto di volontà propria ed indipendente dei genitori o dei tutori. Questa volontà non poteva presumersi ragionevole relativamente a taluni minori ai quindici anni, e relativamente a taluni altri ai diciotto anni solamente.

La volontà medesima non sarebbe stata indipendente, se i minori non avessero potuto manifestarla fuorchè nei casi in cui fossero stati emancipati, sin dai loro genitori, sia ad istanza dei loro parenti. Il timore che il minore non facesse delle disposizioni contrarie ai loro interessi avrebbe qualche volta potuto essere un ostacolo alla emancipazione.

Oltre di che, nello stato attuale di civiltà, un minore ha già ricevuto, prima della età di sedici anni, una sufficiente introduzione per esser devoto ai suoi doveri verso de' propri parenti. La volontà del minore pervenuto al sedicesimo anno può aver acquistato una sufficiente maturità, perchè egli debba a tal riguardo considerarsi come il padrone non dell'intiero suo patrimonio, ma solo della metà dei beni di cui la legge permette al maggiore di disporre.

Pur tuttavolta si è fatta una giusta distinzione tra le donazioni tra vivi e quelle per testamento. La presunzione che la disposizione fatta dal minore nel tempo in cui avesse cessato di vivere fosse ragionevole non potea applicarsi alle donazioni tra vivi, mediante le quali il minore si spogliasse irrevocabilmente dei suoi beni. Questo sarebbe contrario al principio secondo il quale egli non può fare, nemmeno a titolo oneroso, l'alienazione della minima parte dei suoi beni. Nella donazioni tra vivi la legge presume che il minore fosse

Digitized by Google

la vittima delle proprie passioni. Nelle disposizioni testamentarie, l'avvicinamento o la prospettiva della morte non gli permetterà più di occuparsi se non dei doveri di famiglia o di riconoscenza.

Non è punto sufficiente che la volontà sia certa, ma fa ancora d'uopo che essa non sia stata costretta o estorta per l'impero che avesse avuto sullo spirito del donante colui a cui favore si trova fatta la disposizione.

Ora l'impero che un tutore esercita sul suo pupillo è talmente grave e gli abusi sarebbero tanto frequenti a tal riguardo, che è stato necessario d'interdire al minore emancipato la facoltà di disporre, anche per testamento, in favore del suo tutore.

Non si è voluto che i tutori potessero concepire la speranza di potersi liberare dal conto definitivo della tutela per mezzo delle disposizioni che ottenessero dai loro pupilli pervenuti all'età maggiore. Tutti i diritti della età minore continuano in vantaggio del maggiore contro di colui che è stato suo tutore, insino a che non sieno renduti e liquidati i conti, e l'esperienza ha provato esser necessario di vietare al minore divenuto maggiore la facoltà di rinunciare a questo conto. Questa regola sarebbe facilmente elusa, se per mezzo di donazioni tra vivi e di testamenti si quietassero i tutori e si rendessero inutili i loro conti.

Non si sono eccettuati se non i genitori o altri ascendenti, e, comechè essi fossero tutori, devesi piuttosto presumere la pietà filiale che la violenza o l'autorità.

8. — La legge riguarda ancora i medici, i cerusici, gli ufficiali di salute o i farmacisti come aventi troppo impero sullo spirito di colui che dispone e che si trova attaccato dalla malattia da loro curata e di cui muore. Nondimeno non si è voluto che questo ammalato fosse privato della soddisfazione di mostrar loro qualche segno di riconoscenza, in ragione del suo stato e dei servigi prestatigli.

Sarebbe stato egualmente ingiusto di vietaro in tal caso le disposizioni, ancorchè universali, fatte da un ammalato in favore di coloro che lo curassero, quando questi fossero suoi parenti. Ma se vi fossero degli eredi in linea retta, ed i parenti suddetti non si trovassero in questo numero, la presunzione, da cui risulta la loro incapacità, riprenderebbe tutta la sua forza.

9. — Vana tornerebbe tutta la cura usata dalla legge di dichiarare, per le suddette ragioni, incapaci a ricevere le persone testè menzionate, se potesse simularsi la donazione tra vivi sotto il titolo di contratto oneroso, o se potesse disporsi sotto il nome d'interposte persone.

Allorchè vien sollevato il velo da cui è nascosta la frode, spetta alla prudenza dei giudici a non determinarsi se non su di pruove, o almeno su di presunzioni assai forti, perchè non meritino più veruna confidenza gli atti di cui si è rivestita la frode. Se trattasi di un atto mascherato sotto titolo oneroso, esso dev'esser annullato, allorchè vien provato che colui il quale l'ha formato non ha inteso di fare un contratto oneroso, ma che la sua intenzione si era di eludere la legge, col disporre in favore di una persona incapace.

Le persone che i giudici potranno sempre riguardare come interposte si sono accuratamente indicate; queste sono i genitori ed il coniuge della persona incapace.

10. La legge si tace sulla mancanza di libertà che può risultare dalla suggestione e dalle lusinghe, e sul vizio di una volontà determinata dalla collera o dall'odio. Coloro, i quali han cercato di far annullare delle disposizioni per simiglianti motivi, non sono quasi mai riusciti a trovare delle pruove sufficienti per far rigettare dei titoli positivi, e forse gioverebbe più al pubblico bene che fosse chiusa questa sorgente di piati ruinosi e produttivi di scandalo, dichiarandosi che non sarebbero ammesse queste cause di nullità; ma, se così avvenisse, la frode e le passioni crederebbero di avere nella stessa legge un titolo d'impunità. Possono darsi tali casi, che la volontà di colui che ha disposto non fosse libera, o che fosse stata dominata da ingiuste passioni. Alla sola saggezza dei tribunali è dato di valutare tali fatti, e decidere tra la fede dovuta agli atti e l'interesse delle famiglie. Essi impediranno che le medesime sieno spogliate da persone avide che soggiogano le famiglie, o per effetto di un odio riprovato dalla ragione e dalla natura.

11. Tra le persone incapaci a ricevere non si annoverano gli ospizi, i poveri di un comune, e gli stabilimenti di utilità pubblica. Dappoichè devesi piuttosto desiderare che lo spirito di beneficenza, che è proprio dei Francesi, ripari alle perdite che questi stabilimenti han fatto durante la rivoluzione; ma è d'uopo che il governo li autorizzi. Queste disposizioni sono soggette a delle regole di cui egli è tenuto a mantenere la esecuzione. Esso deve conoscere la natura e la quantità dei beni che mette così fuori del commercio, e deve anche impedire che in tali disposizioni non si cada in un eccesso riprovevole.

12. L'ultima regola da rammentarsi sulla capacità di disporre è quella che stabilisce la reciprocanza frai Francesi e gli stranieri. Nessuno potrà disporre in favore di uno straniero, se non nel caso che uno straniero potrebbe disporre in favore di un Francese.

13. Dopo avere stabilito questi principî preliminari sui caratteri di una volontà certa e ragionevole, senza della quale non si può avere la capacità di disporre, la legge stabilisce le regole le quali formano il principale oggetto

di questo titolo del codice; regole che dovrebbero avere una grande influenza sui costumi della nazione e sul benessere delle famiglie: intendo parlare di quella che determinano la porzione disponibile.

14. Certamente fa d'uopo presumere che ciascuno, secondo la sua affezione, facesse dei suoi beni la distribuzione più conveniente alla felicità della sua famiglia ed ai diritti naturali dei suoi più prossimi parenti; e che quest' affezione sia ancora meno soggetta a smarrirsi nel cuore di colui che lascia una posterità.

Ma, anche quando la legge ha una tal confidenza, ella deve prevedere che sonovi degli abusi inseparabili dalla debolezza e dalle passioni umane, e che vi hanno dei doveri, di cui in verun caso essa non può permettere la violazione.

I genitori, i quali han dato la esistenza naturale, non debbon avere la libertà di far arbitrariamente perdere l'esistenza civile, sotto un riguardo tanto essenziale, e se ad essi non puossi togliere il libero esercizio del loro diritto di proprietà, eglino non perciò debbono trascurare i doveri che la paternità loro impone verso i figliuoli e la società.

A far conoscere ai padri di famiglia i limiti al di là dei quali si presumerebbe che essi abusassero del loro diritto di proprietà, e mancassero ai loro doveri di padri e di cittadini, in tutti i tempi e presso tutti i popoli incivliti, la legge ha riserbato ai figliuoli, sotto il titolo di legittima, una certa quantità di beni dei loro ascendenti.

15. Presso i Romani il diritto del digesto e del codice avea ridotto al quarto dei beni la legittima dei figli.

Essa fu aumentata dalla novella 118 che la stabilisce al terzo, qualora vi fossero quattro figli o meno, ed alla metà, qualora ve ne fossero cinque o più.

In Francia distinguevansi i paesi di diritto scritto da quelli di diritto consuetudinario.

In quasi tutti i paesi di diritto scritto, la legittima in linea retta e discendentale era la stessa che quella stabilita dalla novella.

Le consuetudini erano su tal riguardo distinte in varie classi.

Le une ammettevano o modificavano le regole del diritto scritto.

Altre, e di questo numero era quella di Parigi, stabilivano specialmente una legittima.

In quanto alle consuetudini in cui essa non era determinata, l'uso o la giurisprudenza vi aveano stabilite le regole del diritto romano o quelle della consuetudine di Parigi, ad eccezione di talune modificazioni che trovansi in un piccol numero di queste consuetudini.

Quella di Parigi ha stabilito la legittima alla metà della porzione che ciascun figlio avrebbe avuto nella successione dei suoi genitori e degli altri ascendenti, se questi non avessero fatta veruna disposizione tra vivi o testamentaria.

Durante la rivoluzione, la legge del 17 nevoso anno II (*articolo* 16) avea limitato la facoltà di disporre alla decima parte dei beni, se si lasciassero eredi in linea retta.

La legge del 4 germinale anno VIII ha restituito ai genitori una parte dell'antica loro libertà; essa ha permesso le liberalità le quali non eccedono la quarta parte dei beni, se eglino lascino meno di quattro figli, la quinta parte, se ne lascino quattro, la sesta parte, se fossero al numero di cinque, e così appresso.

16. Nel farsi il progetto di legge a voi presentato, facea mestieri esaminare i vantaggi e gl'inconvenienti di ciascuna delle due regole, per conoscere quella la quale fosse poggiata sulla combinazione la più giusta del diritto di disporre e dei doveri della paternità.

In Roma era conforme alla natura del governo di un popolo guerriero che i capi di famiglia avessero un'autorità assoluta, senza temersi che la natura ne fosse oltraggiata. Allorchè il suo incivilimento andossi perfezionando, e si vollero modificare dei costumi antichi, sarebbe stato impossibile di regolarli come se si fosse trattato di una nuova istituzione. Non solo ciascun padre pretendeva di godere senza restrizione del suo diritto di proprietà, ma egli credevasi costituito legislatore nella sua famiglia. Metter dei limiti al diritto di disporre, era lo stesso che avvilire questa suprema magistratura. Sicchè pel corso di più di dodici secoli, la legittima dei figliuoli, qualunque fosse stato il loro numero, non oltrepassò il quarto dei beni. Solo verso il declinare di quel vasto impero, i figli ottennero a questo titolo la terza parte dei beni, se erano al numero di quattro o meno, il qual caso era il più ordinario, e la metà se erano in più gran numero.

Questa divisione avea l'inconveniente di produrre degli strani risultamenti.

Se vi erano quattro figli, la legittima era di uno dodicesima parte per ciascuno, laddove, se ve n'erano cinque, la legittima di ciascuno era del decimo: in guisa che la porzione, la quale dev'esser maggiore quando vi è minor numero di figli, trovavasi più piccola. Questa inversione dell'ordine naturale non era giustificata da verun motivo.

La consuetudine di Parigi ho avuto in egual considerazione i diritti di proprietà ed i doveri di famiglia. Gli autori di questa legge han creduto che i diritti ed i doveri dei genitori sono egualmente sacri, che essi formano egualmente le basi dell'ordine sociale, che essi sono tra di loro in un perfetto equilibrio, e che se gli uni non debbono vincerla su gli altri, il corso delle liberalità deve arrestarsi, allorchè la metà dei beni trovasi assorbita.

Il sistema della legge di Parigi è di una semplice esecuzione. In essa trovasi sempre

una giusta proporzione nel trattamento dei figliuoli, avuto riguardo al loro numero ed al loro diritto ereditario.

Ma ella può spesse volte produrre da' risultamenti contrari a quelli che altri si propone.

Si brama che ciascuno dei figliuoli abbia una porzione dei beni sufficiente, perchè non perda lo stato nel quale l'hanno collocato gli autori dei suoi giorni. Non devesi dunque lasciare la libertà di disporre di una metà nel caso in cui i figliuoli, per cagione del loro numero, si trovassero ridotti ad avere un' assai tenue porzione. Il miglior sistema è quello nel quale si ha riguardo al numero dei figli, nello stesso tempo che si lascia ai genitori tutta la libertà compatibile con la necessità di assicurar la sorte dei figli.

La legislazione romana ha avuto considerazione al loro numero; ma essa ha bisogno di esser rettificata nelle proporzioni che stabilisce.

Così allorchè essa dà al padre il diritto di disporre dei due terzi, se i suoi figli non oltrepassano il numero di quattro, non ha considerato che la libertà di colui il quale non è obbligato di provvedere che ad un solo figliuolo, non dev'esser tanto limitata quanto dovrebb'esserlo, se ne avesse molti.

La libertà di disporre delle due terze parti dei beni, anche quando i figliuoli erano in numero di quattro, era molto considerevole, siccome troppo ristretta è quella conceduta dalla legge del 4 germinale anno VIII, la quale non comprende che la quarta parte dei beni, se vi sono meno di quattro figli, ed una porzione virile solamente, se ve ne ha un numero maggiore.

La consuetudine di Parigi era poggiata su di un principio più giusto, allorchè, bilanciando il diritto della proprietà ed i doveri della paternità, avea stabilito che in verun caso non sarebbe permesso al padre di disporre di più della metà dei suoi beni.

Eravi una decisiva ragione per partire da questo punto, restringendosi quindi una tal libertà nella proporziona richiesta dal numero dei figliuoli.

Ora non si è stimato di doversi ammettere la gradazione che trovasi nella legge del 4 germinale anno VIII, giusta la quale la facoltà conceduta al padre, ridotta ad una porz'one virile, divien quasi nulla allorchè vi ha un gran numero di figliuoli.

Ed invero fa d'uopo considerare che l'ordine conforme alla natura, è quello nel quale i genitori non vorranno disporre della loro proprietà che in vantaggio dei loro figliuoli, e per riparare alle ineguaglianze naturali o accidentali.

Allorchè il numero dei figliuoli è considerevole, la legge deve riserbare a ciascuno di essi una quota sufficiente, senza troppo diminuire in mano del padre i mezzi da provvedere ai particolari bisogni, che allora divengono più moltiplicati.

Tutte queste considerazioni son quelle che han fatto adottare la proporzione nella quale le liberalità, sia per atto tra vivi, sia per testamento, non potranno eccedere la metà dei beni, se non vi ha che un figlio legittimo; il terzo se ve ne sono due, ed il quarto, se ve ne sono tre o un più gran numero.

17. Ma era egli necessario che la legge stabilisse una riserva in favore degli ascendenti?

I Romani riconosceano che, se i padri debbono una legittima ai loro figliuoli, è questo un dovere a cui i figliuoli sono egualmente tenuti verso i loro padri.

Quemadmodum a patribus liberis, ita a liberis patribus deberi legitimam.

In Francia, secondo il sistema della divisione dei beni in propri ed acquisiti, la sorte degli ascendenti non era la stessa nei casi di consuetudina ed in quelli di diritto scritto.

Un piccol numero di consuetudini dava loro una legittima, altre l'accordavano loro per una giurisprudenza alla quale era succeduta quella che lor la ricusava in un modo assoluto.

I figli erano obbligati di conservare ai loro collaterali quasi tutti i beni propri da cui questi ascendenti erano esclusi.

Se a questi figliuoli non si fosse lasciata la disposizione dei mobili e degli acquisti, alla cui successione gli ascendenti erano per legge chiamati, essi sarebbero stati quasichè intieramente privati della libertà di disporre.

Nei paesi di diritto scritto, e secondo talune consuetudini che vi si conformavano, gli ascendenti aveano una legittima. Questa consisteva nella terza parte dei beni. La divisione di questa terza parte faceasi egualmente tra loro. Nessuna legittima vi era per gli avi, allorchè i genitori o alcuni di essi trovavansi viventi, perciocchè in linea ascendeotale non vi era rappresentazione.

Il paragone del diritto scritto con quello delle consuetudini, relativamente agli ascendenti, non poteva lasciare verun dubbio sulla preferenza dovuta al diritto scritto.

Il diritto consuetudinario, dando i propri ai collaterali, e lasciando ai figliuoli la libera disposizione dei mobili e degli acquisti, non prendeva abbastanza in considerazione i doveri ed i diritti che risultano dai rapporti intimi tra i genitori ed i loro figliuoli.

Relativamente all'ordine sociale, i doveri dei figliuoli non sono tanto estesi, quanto quelli dei genitori, imperciocchè la sorte degli ascendenti è più indipendente dalla porzione che vien loro assicurata nei beni dei loro discendenti, di quello che lo stato dei figliuoli non è dalla quota che ottengono nei beni dei loro genitori.

La riserva non sarà per questa ragione che

della metà dei beni, in favore degli ascendenti, senza aversi riguardo al loro numero, allorchè ve ne saranno in ciascuna delle linee paterna e materna.

Se non vi sono ascendenti che in una sola linea, questa riserva non sarà che del quarto.

Nel titolo *delle successioni* si è di già stabilita una regola che vuolsi riguardare come una delle principali basi di tutto il sistema della trasmissione dei beni per causa di morte.

Questa consiste nella loro divisione eguale tra le due linee paterna e materna, allorchè colui il quale muore non lascia nè discendenti, nè fratelli o sorelle. Questa divisione appagherà, senza veruno inconveniente, il voto generalmente espresso della conservazione dei beni nelle famiglie.

La sorte degli ascendenti non era certamente molto dipendente da una riserva legale, perchè, stabilendola, fosse stato permesso allontanarsi da una regola tanto essenziale, e poichè, secondo questa regola, i beni spettanti alla linea nella quale non si trova l'ascendente sonogli assolutamente estranei, la riserva non può cadere sulla porzione alla quale egli non potrebbe, a titolo di successione, aver diritto veruno.

18. La facoltà di disporre dovea esser ancora limitata in favore della linea collaterale? O almeno non era necessario di stabilire una riserva in favore dei fratelli e delle sorelle?

Tutti i voti sonosi riuniti perchè i collaterali in generale non fossero di ostacolo, alla piena libertà di disporre.

Questo è sempre avvenuto nei paesi di diritto scritto.

In quelli consuetudinari, i beni eran distinti in propri ed in acquisiti, e la maggior parte dei propri era riserbata ai collaterali, senza che se ne poteva disporre gratuitamente.

Questo sistema della distinzione dei beni in propri ed acquisiti, aveva principalmente per oggetto di conservare gli stessi beni in ciascuna famiglia.

Si cercava di mantenere e moltiplicare i mezzi atti a conservare trai parenti, anche di grado lontano tra loro, i sentimenti di benevolenza e quella risponsabilità morale che supplisce così efficacemente alla sorveglianza delle leggi. Restringere e moltiplicare i legami delle famiglie,tale fu e sarà sempre il più utile spediente in tutte le forme di governo, e la più sicura guarentigia della pubblica felicità. Gli autori del sistema dei propri e delle riserve credevano che la trasmissione degli stessi beni, da un parente all'altro, era un mezzo da stringere i loro legami, e che i gradi pei quali erasi congiunto ad un comune autore, sembravano ravvicinarsi allorchè i parenti realmente avvicinavansi tra loro per dividersi i beni che per le sue fatiche trovavansi acquistati dalla famiglia, e che ne perpetuavano la prosperità.

La conservazione degli stessi beni nelle famiglie sotto il nome di propri, ha potuto stabilirsi e sortire dei buoni effetti nel tempo in cui le vendite degli immobili erano rarissime, ed in cui l'industria non recava verun utile.

Ma da che la rapidità del movimento commerciale si è applicata ai beni immobili ugualmente che a tutti gli altri, da che i proprietari, abituati a snaturare i loro beni, han potuto facilmente scuotere il giogo di una legge che li privava della facoltà di disporre dei propri, è riuscito tanto agevole che frequente di sottrarvisi. Essa è divenuta impotente a raggiungere il suo scopo, ed allorchè avrebbe dovuto formare il legame delle famiglie, le disturbava per mezzo d'innumerevoli controversie.

La legge dei propri era già stata abolita durante la rivoluzione, non era giusto che altri pensasse a ristabilirla. Così avviene che talune leggi dipendono dai costumi e dagli usi esistenti al tempo che si stabiliscono, e non sono che transitorie.

In tal guisa è anche facile di spiegare perchè tutto il sistema dei beni propri ed acquisiti, e della perpetuità degli stessi beni nelle famiglie, era sconosciuto ai Romani, ed a quelli che han conservato la loro legislazione.

L'ordine pubblico e l'interesse delle famiglie si accordano perchè ciascuno sia mantenuto nel diritto di proprietà, donde risulta la facoltà di disporre, a meno che non vi sieno delle considerazioni assai potenti per richiedere a tal riguardo un sacrifizio. Questo sentimento di piena proprietà fa progredire l'industria, ed affrontare tutti i pericoli. L'uomo è persuaso di non faticare per sè stesso, e non vede un termine al suo godimento, quando è sicuro che il prodotto delle sue fatiche sarà trasmesso alle persone che dichiarerà essere gli oggetti delle sue affezioni: l'interesse generale delle famiglie, in un'epoca in cui l'industria mette in movimento la maggior parte degli uomini, è ben differente dell'interesse di quelle famiglie segregrate, in mezzo alle quali si formarono le consuetudini molti secoli addietro; egli è evidente che ciò che più oggi loro importa si è che si moltiplichino i mezzi di prosperità; e quando seconito il corso naturale delle affezioni, i parenti più prossimi saranno preferiti, essi menerebbero a male i loro interessi,ove si riguardassero lesi da questa libertà di cui debbono profittare.

Ma d'altronde qual mezzo potrebbesi trovare per opporsi a questo esercizio del diritto di proprietà? Non v'ha in questo genere veruna proibizione che non possa eludersi facilmente.

Quando si tratta di un diritto così prezioso, e che è esercitato da tanti secoli dalla maggior parte della nazione la legge che l'abolisse,sarebbe nel numero di quelle che non potrebbe-

ro lungo tempo resistere all' opinione pubblica Ninno si farebbe il menomo scrupolo di violarla: lo spirito di menzogna e di frode negli atti si propagherebbe: il regno della legge cesserebbe, e la corruzione continuerebbe i suoi progressi.

Si rispetterà la riserva fatta in profitto degli ascendenti e dei discendenti, perchè essa è fondata non solo sui sentimenti presunti. ma ancora su doveri tanto sacri, che sarebbe un delitto infrangerli: nè questi sentimenti e questi doveri posson essere gli stessi pe'collaterali; non sonovi riguardo ad essi altri doveri che quelli del sangue e dell'amicizia.

La legge di riserva per i collaterali non avrebbe per oggetto se non i parenti, i quali si fossero esposti all'obblio o all'odio, e perciò appunto e' si non son degni di favore.

Infine gli abitanti dei paesi di diritto scritto oppongono agli usi introdotti nei paesi consuetudinari, per alcuni secoli, una esperienza che rimonta alla più remota antichità.

Essi citano l'esempio sempre memorabile di quel popolo che fra tutti quelli della terra ha più perfezionato e studiato la legislazione civile. Non mai si conobbe presso di essi una legittima in linea collaterale.

Da ultimo essi citano per modello quell'armonia che nei paesi di diritto scritto rende così rispettabili le famiglie; ivi assai più frequentemente che nei paesi consuetudinari, presentasi l'immagine di quelle stirpi patriarcali, in cui coloro ai quali la Provvidenza ha dato una ricchezza non ne godono che per la felicità di tutti quelli che si rendono degni pei loro sentimenti di entrare nel seno della famiglia.

Nella casa di uno di questi benefattori, il parente sfortunato trova delle consolazioni e e dei soccorsi, un altro vi riceve degli incoraggiamenti, vi si economizzano delle doti per le fanciulle. Qual enorme differenza tra i vantaggi che i parenti possono così ritrarre, durante la vita del benefattore, dalle sue liberalità affatto indipendenti dalla legge, ed il prodotto di una modica riserva, della quale sarebbero anche il più sovente privati!

Non è da sperare specialmente in linea collaterale, di creare o di conservare quello spirito di famiglia, che tende a sostenerne tutti i membri, a formarne un sol corpo, a ravvicinarne i gradi, provocando la beneficenza dei parenti tra loro pel corso della loro vita. Il solo mezzo di ciò fare si è di lasciar loro la propria indipendenza: è della natura del cuore umano che il sentimento di beneficenza vi si spenga, subito che vi si unisce la menoma idea di costringimento: questa idea non si accorda più con quella nobiltà, delicatezza e purezza di sentimenti che animano l' uomo benefico: egli cessa di esserlo perchè non crede più di poterlo essere; non ha nulla per donare a quelli che hanno il diritto di esigerlo.

Dappoichè la Francia è tanto felice per aver conservato in una gran parte del suo territorio questo spirito di famiglia, necessario alla prosperità comune, guardiamoci dal rigettare un sì valevol mezzo di rigenerazione dei costumi; gli è questo un fuoco sacro che bisogna conservare ove trovasi, che bisogna riaccendere negli altri paesi, che hanno sì gran bisogno della sua influenza, e che esso solo può vivificare.

Ma non devonsi fare una eccezione in favore dei fratelli e sorelle di colui che muore, non lasciando nè ascendenti, ne discendenti?

19. — Non debbonsi distinguere nella famiglia quelli che la costituiscono più intimamente quelli che sono presunti aver vissuto sotto lo stesso tetto essere stati sottoposti all'autorità dello stesso padre di famiglia, tener da lui un patrimonio che era sua intenzione veder ripartito fra loro, e che quasi sempre debbono alle sue economie, ed alle sue fatiche?

Qual fratello potrebbe riguardare come un sagrifizio alla sua libertà la riserva di una modica quota, come sarebbe un quarto dei suoi beni, a favore de' suoi fratelli e sorelle, in qualunque numero fossero?

Può esservi nessun vantaggio ad attribuirgli il dritto di trasmettere tutto il suo patrimonio ad una famiglia estranea, nuocendo alla propria, per quanto è in suo potere, ovvero di preferire uno dei suoi fratelli o sorelle a tutti altri? Ciò sarebbe una cagione eterna di discordie tra quello che avesse la preferenza e quelli che si riguardassero come diseredati. Se è forza convenire che il legislatore deve impiegare tutti i suoi sforzi per restringere i legami di famiglia, debbe egli lasciare la libertà di romperli intieramente a quelli che la natura aveva tanto approssimati?

In molte altre parti del codice civile i fratelli e le sorelle, per cagione dei rapporti intimi che li uniscono, son messi in una classe a parte. Nell' ordine delle successioni si fanno concorrere cogli ascendenti. I fratelli e le sorelle avranno per assicurare ai loro nipoti la porzione de' beni di cui possono disporre, lo stesso diritto che i padri e le madri per rispetto ai loro nipoti.

Infine sarà contrario alle usanze ricevute da molti secoli in una gran parte della Francia, che nessuna parte del patrimonio sia riserbata neppure ai fratelli e alle sorelle.

Per quanto potenti sembrino queste ragioni per istabilire una riserba in profitto de' fratelli e delle sorelle, delle considerazioni più forti ad esse si oppongono ed han dovuto prevalere.

La guida più sicura dei legislatori si è l'esperienza: non si è mai ammessa nè in Roma, nè in Francia, ne' paesi di diritto scritto, veruna legittima in favore dei fratelli: il fratello non poteva lamentarsi della disposizione nella quale era stato dimenticato, se non nel caso in

Digitized by Google

cui fosse stata istituita erede una persona di cattiva fama, *turpis persona*. Il reclamo che allora il fratello poteva fare di una porzione dei beni non era, sotto nome di legittima, se non una vendetta dovuta alla famiglia la quale avea sofferto una così grave ingiuria dal testatore.

Ciò non pertanto il quadro dell' amistà fraterna non è mai stato tanto commovente quanto nei paesi in cui aveasi la piena libertà di disporre.

Se, come si è dimostrato, nessuno è tanto proclive agli atti di beneficenza durante la sua vita, quanto colui che non soffre nessuna restrizione nelle sue disposizioni di ultima volontà, quest' assistenza scambievole è specialmente verisimile tra i fratelli, e può efficacemente influire sulla loro prosperità.

Quanto più piccola fosse la riserva che si credesse doversi stabilire in favore dei fratelli e delle sorelle, tanto meno essa potrebbe essere di una utilità reale, e meno si dovrebbe preferire ai grandi vantaggi che bisogna sperare da una piena libertà di disporre.

Se nella linea collaterale s' imponessero dei rigorosi doveri di famiglia, questo dovrebbe aver luogo a favore dei nipoti, i cui genitori trovansi defunti. Questi nipoti appunto sono quelli che han più bisogno di appoggio: relativamente ad essi gli zii fan le veci di ascendenti ed alle loro cure ed autorità è intieramente confidata la sorte di questa parte della famiglia.

Il perchè non potremmo restringerla al solo grado di fratello e sorella, se volessimo stabilire una riserva legale nella linea collaterale; e nondimeno quegli stessi i quali hanno opinato per questa riserva, non hanno pensato che potesse estendersi al di là di questo grado senza ingiustamente violare il diritto di proprietà.

Certo è nell' ordine della natura che i fratelli e le sorelle sono legati da quegli stretti legami che ha formati educazione e nascita comune; ma l' ordine sociale, che richiede una riserva in linea retta, non ha un uguale interesse perchè ve ne sia una in vantaggio dei fratelli e delle sorelle.

Il padre ha contratto non solamente verso i suoi figli, ma benanche verso la società, l'obbligo di procurare e conservar loro de' mezzi di sussistenza proporzionati al suo stato, e questo dovere trovasi adempito rispetto ai fratelli o alle sorelle, poichè ciascuno ha la sua porzione su i beni dei genitori.

I figli che non hanno discendenti hanno, verso coloro che ad essi diedero la vita, dei doveri da adempiere che non potrebbero richiedersi vicendevolmente da' fratelli o dalle sorelle.

Dopo avere lungamente ponderato questi motivi pro e contra, la riserva legale a favore dei fratelli e delle sorelle è stato deciso non doversi stabilire se non in linea retta, e che ogni qual volta colui che muore non lascerà nè ascendenti nè discendenti, le liberalità per atti tra vivi o per testamento potranno esaurire la totalità dei beni.

20. Dopo avere così determinato la quota disponibile, bisognava regolare un punto sul quale vi è stato finora discrepanza di legislazione. Si trattava di decidere se la porzione disponibile potesse esser data in tutto o in parte, sia per atto tra vivi, sia per testamento, ai figli o altri eredi di colui che ha disposto, senza che il donatario venendo a succedergli fosse obbligato alla collazione.

Presso i Romani e nei paesi di diritto scritto, non vi è stata mai variazione su tal riguardo; si è sempre avuto il diritto di scegliere, tra gli eredi, quelli che volcansi favorire, sia con istituirli eredi, sia altrimenti.

Le consuetudini erano su tal riguardo diversissime le une dalle altre.

Le une permettevano ad uno dei figli di essere ad un tempo donatario, legatario ed erede, e non assicuravano agli altri che la legittima.

Altre distinguevano la linea retta dalla collaterale e la qualità di donatario tra vivi da quella di legatario.

In queste ultime consuetudini, nel numero delle quali trovasi quella di Parigi, la stessa persona non poteva essere donataria, legataria, ed erede in linea retta, poteva bensì essere in linea collaterale donataria ed erede, ma non legataria ed erede.

Secondo altro uno non poteva essere donatario ed erede, sia in linea retta, sia in linea collaterale.

Altre stabilivano il divieto assoluto di favorire l' erede presuntivo, ed ordinavano le collazioni tanto in linea retta, che collaterale, anche laddove si rinunciasse.

Non vi era niun sistema completo di uguaglianza tra gli eredi, tranne quello delle consuetudini che li obbligava alla collazione delle donazioni, anche quando essi rinunciavano alla successione, e che non permetteva a loro favore verun legato.

Secondo l' opinione esclusiva della facoltà di fare delle disposizioni a favore degli eredi, questi vengono riguardati come aventi un ugual diritto, e la legge si mette nel luogo della persona che muore, non per contrariarne la presunta volontà, ma per adempierla nel modo più giusto.

Nondimeno, quantunque sembrasse non aversi altra intenzione, se non quella di seguire l' ordine della natura, pur quanto non si andava da questa lontano!

Come mai la natura avrebbe dato uguali diritti a quelli che tratta sì diversamente? Dove sono le famiglie di cui tutti i membri hanno

avuto una parte uguale alla forza fisica, alla intelligenza, all'ingegno, di cui niuno, a dispetto della buona condotta, non ha provato delle traversie; di cui alcuna non è andato soggetto ad infermità e a disgrazie di ogni sorta?

Siffatto quadro dell'umanità, tutto che affliggente, è disgraziatamente quello che si realizza più di frequente; bisogna che il medesimo si perda di vista, allorchè si regola sui freddi calcoli dell'aritmetica una divisione uguale fra tutti quelli che hanno dei bisogni sì differenti.

Il loro diritto naturale è di ottenere da colui al quale la Provvidenza ha confidato dei beni, una parte proporzionata ai loro bisogni, e che stabilisca tra loro, per quanto è possibile, la bilancia della felicità. Sol con occuparsi incessantemente di mantenere questo equilibria, il capo di famiglia sodisfa quei sentimenti suggeriti dalla equità di un'affezione uguale verso tutti i suoi eredi. Ma se dalla legge gli è vietato di venire in soccorso dell'uno, se non gli è data poter incoraggiare l'altro, se ha le mani legate per alleviare i mali di cui è testimonio, e per togliere delle spiacevoli ineguaglianze fra coloro che render vorrebbe ugualmente felici; allora appunto sente tutto il peso delle sue catene, allora maledice l'errore della legge, la quale ha assunto le sue veci per non adempiere nessuno dei suoi doveri, e che ingannandosi sul voto della natura ha stabilito le sue presunzioni saltando su di una chimerica uguaglianza; allora è cruciato della sua nullità nella propria famiglia, ove la sorte di ciascuno è stata anticipatamente regolata mediante l'interdizione pronunciata contro di lui, ove egli trovasi spogliato del principale mezzo atto a far rispettare un'autorità il cui solo scopo è quello di ristabilire e di mantenere l'ordine, ove egli non ha nè il potere di fare il bene, nè quello di prevenire il male.

Si possono mai porre tutti questi inconvenienti in confronto con quello che sembra aver fatto più impressione su l'animo delle persone che vorrebbero interdire il diritto di disporre in favore degli eredi presuntivi? Essi temano la vanità dei capi di famiglia, i quali, favoriti dalla fortuna, vorrebbero trasmetterla a quello che sceglierebbero per rappresentarli con decoro trascurando poi tutti gli altri.

Non si è pensato che il numero dei ricchi è estremamente scarso, se lo si voglia paragonare alla massa quasi generale di coloro che, vivendo con facoltà molto limitate, sono maggiormente esposti a tutte le ineguaglianze ed a tutti i bisogni.

Si è perduto di vista il padre di famiglia il quale sotto un umile tugurio non ha per patrimonio che un suolo appena sufficiente pel nutrimento e per l'educazione della sua famiglia. Già curvo sotto il peso degli anni, egli non potrebbe reggere alle fatiche divenute troppo penose, ove non chiamasse in aiuta le braccia del più attempato dei suoi figli, appena ch'essi hanno acquistato sufficienti forze. Questo figliuolo laborioso comincia fin da allora ad essere il sostegno della sua famiglia. Al sudore della sua fronte i suoi fratelli dovranno i primi soccorsi pei quali apprenderanno delle professioni industriali, come le sue sorelle i piccoli capitali, frutti dell'economia, e che loro potranno procurare degli utili collocamenti.

Si crederà mai che la vanità sarà quella che determinerà questo padre di famiglia a dare qualche ricompensa a quel figlio che si è sacrificato pel bene di tutti, non che a conservare nelle sue mani, per quanto la legge gliel permette, un patrimonio sul quale una nuova famiglia non potrebbe fondarsi e prosperare, ove fosse diviso in troppo piccole porzioni?

L'intenzione di quelli che hanno interdetto le disposizioni in vantaggio degli eredi è certamente lodevole; ma è impossibile non ravvisare il loro errore.

Che anzi la legge del 4 germinale anno VIII autorizzò le liberalità in favore dei figli o altri successibili del disponente, senza che le stesse andassero soggette alla collazione, purchè non eccedessero i limiti prescritti.

Questa regola è stata mantenuta.

21. Per ben conoscere la porzion disponibile e quella che è riserbata ai figli o ascendenti, gli era mestieri, da una parte indicare i beni ai quali si applica la facoltà di disporre, e dall'altra regolare il modo di riduzione da aver luogo, se le disposizioni eccedono la porzione stabilita.

La facoltà di disporre non si calcola solamente sui beni che restano nella successione dopo pagati i debiti; bisogna aggiungere a questi beni quelli che la persona premorta ha donati tra vivi. Non si sarebbero apposti limiti stabili alla libertà di disporre, se non si fosse avuto riguardo ad ogni sorta di disposizioni.

La è cosa certamente della più alta importanza per la società, che le proprietà non restino incerte; perocchè dalla loro stabilità dipendono e la buona coltura e tutti i suoi miglioramenti.

Ma è stato già provato che la trasmissione di una parte dei beni agli eredi in linea retta è una delle basi dell'ordine sociale. I genitori ed i figli hanno tra loro alcuni doveri che debbon essere adempiti con preferenza delle semplici liberalità: l'adempimento di questi doveri è la condizione tacita sotto di cui han potuto esser fatte e accettate siffatte liberalità; anzi nel caso che le donazioni, una volta fatte, non avessero ecceduto la porzione disponibile nel momento in cui sono state fatte, i donatari non dovrebbero mica per tal motivo essere preferiti agli eredi diretti, dappoichè trattasi pei

primi di un puro beneficio, e per gli altri di un patrimonio necessario. La diminuzione stessa sopraggiunta ae'beni del donante non potrebbe esser presunta qual effetto della sua malevolenza verso il donatario.

Siffatti motivi hanno indotto a riguardare come indispensabile il far comprendere nella massa dei beni, sui quali si calcola la porzione riserbata dalla legge, quelli che si sarebbero dati tra vivi.

Anzi bisogna comprendervi i beni la cui proprietà fosse stata trasmessa ai figli, in caso di divorzio; dappoichè non può mai derivarne loro un vantaggio tale, che gli altri figli vengano ad esser privati della riserva legale.

Non deve farsi veruna deduzione per cagione dei diritti dei figli naturali; questi diritti non si acquistano prima della morte, e sotto il titolo di credito sono una partecipazione alla successione.

22. Essendo così determinati i beni sui quali i figli o gli ascendenti debbono prendere la porzione che riserba loro la legge, bisognava regolare il modo onde gli eredi eserciterebbero questa ripresa, allorchè i beni, liberi da debiti, e dedotte le donazioni ed i legati, non bastassero per compiere la porzione riserbata.

23. È cosa evidente che questo diritto di riversione sui legati o donazioni non è ammissibile che per parte di coloro a favore dei quali la legge ha limitato la facoltà di disporre proporzionatamente al diritto che avrebbero nella successione.

24. Se ora si esamina quali sono, nel caso d'insufficienza dei beni liberi della successione, le disposizioni che debbon essere in primo luogo annullate o ridotte perchè sia compiuta la porzione riserbata, non può rivocarsi in dubbio che la riduzione o l'annullamento debba innanzi tratto cadere sui legati.

I beni legati fan parte della successione; gli eredi, a favore dei quali è la riserva, entrano di diritto nel possesso dei beni fin dal momento che questa successione è aperta. I legati non debbon essere pagati se non dopo la soddisfazione dei debiti e dei pesi: la quota riserbata dalla legge è nel numero di questi pesi.

Avendo ciascun legatario lo stesso diritto ai beni che gli sono legati, l'equità vuole che cosiffatta contribuzione sia tra loro fatta *pro rata*.

Nondimeno, se il testatore avesse dichiarato essere sua intenzione che alcuni debiti fossero soddisfatti in preferenza di oltri, i legatari così preferiti avrebbero un diritto di più che gli altri, e la volontà del testatore non sarebbe eseguita, se gli altri legati non fossero intieramente esauriti per compiere la riserva legale, prima che si potessero ridurre o annullare i legati preferiti. Si richiede solamente, onde prevenire ogni controversia su questa volontà del testatore, che la sia dichiarata in termini espressi.

25. Restava a prevedere il caso in cui tutti i beni della successione liberi da debiti e tutti i beni legati fossero esauriti, senza che la riserva legale fosse ancora compiuta.

Le donazioni tra vivi debbono allora, come i legati, esser ridotte *pro rata*.

Si può dire che, per determinare la porzione riserbata, si deve far entrare nel calcolo dei beni che vi van soggetti il valore di tutti quelli che sono stati dati, senza riguardo alle diverse epoche delle donazioni, perchè ciascuna di esse e tutte insieme han contribuito ad esaurire il patrimonio.

Ma è cosa più conforme ai principî che le donazioni sieno ridotte, a cominciare dalla più recente e risalendo successivamente alle più antiche.

In fatti nelle prime donazioni non si è ecceduto la misura prescritta, se i beni dati posteriormente bastano per compiere la riserva legale. Se la riduzione comprendesse tutte le donazioni, il donante avrebbe un mezzo di rivocare in totalità, mediante nuove donazioni, quelle che avrebbe dapprima fatte.

D'altronde, allorchè trattasi di attaccare alcune proprietà che rimontano a' tempi più o meno lontani, importa all'ordine pubblico che la più antica sia mantenuta di preferenza; cosa che costituisce il fondamento di quella massima: *Qui prior est tempore, potior est jure.*

Questi principî già consacrati dall'ordinanza del 1731 (articolo 34) sono stati mantenuti.

26. Si è parimente conservata quell'altra disposizione della stessa legge, mercè della quale, allorchè la donazione tra vivi riducibile è stata fatta ad uno degli eredi aventi una riserva legale, egli può ritenere sui beni donati il valore della porzione che gli apparterrebbe come erede de'beni non disponibili, se essi sono della stessa natura. In tal caso egli era possibile di mantener così la proprietà dell'erede donatario, senza recar pregiudizio ai suoi coeredi.

27. La regola, secondo la quale deve farsi la riduzione delle donazioni le più recenti, sarebbe illusoria, se il donatorio che ha sofferto l'evizione potesse riguardarsi come surrogato, contro il donatario anteriore, ne' dritti di quello che glief' ha fatta soffrire.

D'altronde la riduzione è un privilegio personale, e quindi non può essere l'oggetto di una surrogazione, sia tacita o sia anche convenzionale.

28. In quanto ai creditori di colui di cui si apre la successione, essi non hanno altro diritto che sui beni che vi trovano, i quali debbon sempre, a malgrado di qualunque riserva legale, essere esauriti pel loro pagamento: ma i medesimi non possono avere veruna pretensione a quei beni di cui il loro debitore non era più proprietario. Se i titoli dei loro crediti

sono anteriori all'donazione, essi hao potuto conservare il loro diritto, adempiendo alle formalità prescritte.

Se questi titoli sono posteriori, i beni, che a quel tempo erano per la donazione fuori del possesso del loro debitore, non han potuto costituire per essi un pegno.

29. Sembra contrario ai principi della morale che si possa profittare, anche a titolo di riserva, dei beni provenienti da una persona i cui debiti non sono del tutto estinti; d'onde pare che si possa dedurre, che se il creditore, per cagione del diritto di proprietà del donatario, non può avere azione contro di questo, almeno ei deve esercitare i suoi diritti contro l'erede sui beni ricuperati mercè della riduzione.

Se si stabilisse il principio che chi ha il diritto di riduzione non debbe aver ricorso contro i donatari, a meno che i beni di cui questi avessero sofferto l'evizione non divenissero il pegno dei creditori del defunto, tanto varrebbe dare a questi creditori un' azione diretta contro i donatari, che accordarla agli eredi, affinchè i creditori ne profittassero; o piuttosto allora, siccome non si tratterebbe in realtà che dell'interesse dei creditori, non si dovrebbero far intervenire gli eredi per ispogliare i donatari in vantaggio dei creditori. Questi d'altronde potrebbero mai sperare che gli eredi s'indurrebbero ad esercitare un simile ricorso? La loro morale non avrebbe forse altrettanto interesse a non distruggere il diritto di proprietà del donatario, quanto a pagare i creditori? E se gli eredi mancassero di onore, ad essi non sarebbe facile di trattare, all'insaputa dei creditori, coi donatari i quali non cercherebbero che mantenersi nella loro proprietà?

L'azione dell'erede contro il donatario, come i beni donati che formano l'oggetto di questo ricorso, sono estranei alla successione. Il titolo sul quale l'erede esercita questo ricorso, rimonta al tempo stesso della donazione, la quale è presunta essere stata fatta soltanto sotto la condizione di questo ritorno all' erede, nel caso che la riserva non fosse compiuta.

30. In conseguenza di questa condizione primitiva di riversione, l'erede riprende i beni senza peso di debiti o ipoteche create dal donatario. Per lo stesso motivo l'azione per la riduzione o per la revindica può essere esercitata dall'erede contro i terzi detentori degl'immobili che fanno parte della donazione ed alienati dal donatario, nel modo ed ordine appunto come contro lo stesso donatario.

31. Ei fa mestieri dunque considerare l'erede che evince un donatario tra vivi come se avesse raccolto i beni al tempo stesso della donazione.

Se si dovesse ammettere in un modo assoluto che un erede non può acquistare, a titolo gratuito i beni di colui che ha dei creditori senza impiegarli al pagamento dei debiti, bisognerebbe dire che tutte le donazioni tra vivi sono suscettive di esser rivocate, a motivo di debiti che il donante avesse in appresso contratti: cosa che non è stata ammessa in nessuna legislazione. È cosa veramente spiacevole che delle idee morali trovinsi qui in opposizione con principi che sarebbe anche più pericoloso di violare, cioè quelli sul diritto di proprietà non solo del figlio dell'ascendente, ma benanche degli altri interessati. Sicchè volendo perfezionare la morale sotto un aspetto, ne risulterebbe la corruzione sotto molti altri.

32. Dopo aver così regolato le qualità richieste per dare e ricevere, dopo aver determinato la porzione disponibile, ed indicato il modo da seguirsi per le riduzioni, la legge si occupa più particolarmente dapprima delle donazioni tra vivi ed indi dei testamenti. Essa prescrive le forme di ciascuno dei suoi atti; essa stabilisce i principi su la loro natura e sui loro effetti.

E qui ciascuno è richiamato col pensiero su quelle celebri leggi che contribuirono a rendere immortale la memoria del cancelliere *d'Aguesseau*. Le ordinanze su le donazioni e i testamenti sono state, come il nuovo codice, il frutto di lunghe meditazioni. Esse non sono state ugualmente ammesse se non dopo aver consultato il voto della nazione mediante il solo mezzo che fu allora possibile, cioè quello di prendere l'avviso dei magistrati e dei giureconsulti. I compilatori del codice sono ricorsi nelle disposizioni di queste leggi, col rispetto ispirato dalla loro profonda saviezza e dal felice successo di cui sono state coronate.

33. Nelle donazioni tra vivi si distinguono le formalità da osservarsi negli atti che le contengono, e quelle che possono dirsi esteriori.

Le formalità da osservarsi negli atti hanno un doppio oggetto, quello di comprovarli e quello di determinarne la natura.

34. Non si ammettono come legalmente comprovati gli atti contenenti donazioni tra vivi, se non quando sono stati fatti innanzi a notaio nella forma ordinaria dei contratti.

La minuta deve restare tra le mani del notaio, senza essere rilasciata nè al donante, nè al donatario. La donazione tra vivi è un atto mercè del quale chi l'accetta si obbliga di adempierne le condizioni. Non dev'essere permesso a niuna delle parti di annientarla, con sopprimere l'atto che ne contiene la pruova.

35. Anche perchè ogni donazione tra vivi è considerata come un'obbligazione reciproca, egli è indispensabile che le due parti v'intervengano, quella che dà e quella che accetta. Ciò è conforme al diritto romano, il quale non riguardava come ancora esistente una liberalità, qualora colui, per cui era destinata, la ignorava o non vi aveva prestato il suo assenso.

Essendo l'accettazione una condizione essenziale di ogni donazione, è stato mestieri richiedere che la fosse in termini espressi. Onde risulterà, senza che sia stato d'uopo farne una disposizione che i giudici non potranno avere verun riguardo alle circostanze da cui si potrebbe dedurre un'accettazione tacita e senza che si possa presumere, anche quando il donatario fosse stato presente all'atto di donazione e che l'avesse sottoscritto, o quando fosse entrato in possesso delle cose donate.

Eravi soltanto una agevolazione che non aveva nulla di contrario a questi principî, e che non si poteva ricusare senza mettere il più delle volte un ostacolo insuperabile alla facoltà di disporre. Specialmente in mezzo al movimento del commercio, e nel tempo che i viaggi son divenuti sì comuni, che i parenti più prossimi ed i più intimi amici trovansi esposti a vivere in grande lontananza.

Si è voluto ovviare a quest' inconveniente, permettendo l'accettazione mediante un atto posteriore o per mezzo di una persona munita della procura del donatario, riguardandosi questa procura come sufficiente, sia che contenga la facoltà di accettare la donazione fatta, sia che accordi un potere generale di accettare le donazioni che sarebbero state o potrebbero esser fatte.

Lunghe controversie avevano avuto luogo tra gli autori, sul punto di sapere se il donante debba avere la libertà di rivocar la donazione che non è stata ancora accettata.

Gli uni sostenevano che se non si stabilisce pel donatario un termine dopo il quale non sia più ammesso all'accettazione, il donante non può mica togliergli questa facoltà, rivocando ciò ch' egli stesso ha fatto.

Altri pensavano che fino all'accettazione l'atto fosse imperfetto, e non potrebbe vincolare il donante.

Quest'ultima opinione è più giusta, essa era stata già confermata dall' ordinanza del 1731, ed è ora mantenuta.

36. Quantunque una donazione, indipendentemente dalle condizioni che vi posson essere ingiunte, sia sempre riguardata come un vantaggio rispetto al donatario, basta nondimeno che sia per parte di questo un' obbligazione perchè si richieda la capacità di contrattare o le formalità che a questa suppliscono.

Se il donatario è maggiore, l'accettazione debb'esser fatta da lui o in suo nome dalla persona fornita della sua procura.

Se poi è minore non emancipato o se è interdetto, essa sarà fatta dal suo tutore, in conformità di ciò che trovasi prescritto nel titolo *della minore età*.

Se il minore è emancipato, il suo curatore lo assisterà.

Anzi si è voluto che, per alcuni atti sempre presunti vantaggiosi, i minori non fossero vittime degl'interessi personali o della negligenza di coloro che la legge incarica di accettare. I legami del sangue e dell'affezione sono stati considerati come un mandato sufficiente su tal riguardo; e senza attentare nè alla patria potestà, nè all'amministrazione dei tutori, tutti gli ascendenti dell'uno e dell' altro sesso, di qualunque grado essi sieno, avranno il potere di accettare dei loro discendenti, anche durante la vita pei loro genitori, e comunque non sieno nè tutori nè curatori del minore, senza che siavi d'uopo dell'avviso dei parenti.

37. I buoni costumi e l'autorità del marito han sempre voluto che la donna maritata non potesse accettare una donazione senza il consenso del marito, o, in caso di rifiuto del marito, senza l'autorizzazione del giudice. Imponendosi tal condizione alle donne maritate in generale, non si ammette eccezione nè per quelle che non vivessero in unione coi loro mariti, nè per quelle che ne fossero separate giudiziariamente.

38. Dacchè mercè i felici sforzi della beneficenza e del genio, i sordi-muti sono stati restituiti alla società, essi sono divenuti capaci di adempierne i doveri ed esercitarne i diritti. Il sordo muto, che saprà per mezzo della scrittura manifestare la sua volontà, potrà egli stesso, o pur mediante una persona avente la sua procura, accettare la donazione. Se poi non sa scrivere, l'accettazione dovrà esser fatta in suo nome da un curatore che gli sarà destinato per compiere questa formalità.

39. Quanto alle donazioni che saran fatte agli ospizi, ai poveri dei comuni o agli stabilimenti di pubblica utilità, esse saranno accettate dai loro amministratori, allorchè il governo, che veglia ai diritti delle famiglie come agl'interessi dei poveri, li avrà a ciò autorizzati.

40. Dopo aver così prescritto le formalità dell'atto stesso di donazione, la legge regola quelle che sono esterne.

41. Molte disposizioni dell' ordinanza del 1731 sono relative alla tradizione effettiva dei beni donati. Questa formalità era stata stabilita in molto consuetudini, ma non era affatto in uso nei paesi di diritto scritto; essa non aggiunge niente nè alla certezza, nè alla irrevocabilità delle donazioni tra vivi. È da preferirsi la regola del diritto romano che riguarda le donazioni come semplici patti, poichè toglie moltissime difficoltà non aventi verun oggetto. La donazione debitamente accettata sarà perfetta pel solo consenso delle parti, e la proprietà degli oggetti donati sarà trasmessa al donatario, senza che siavi bisogno di altra tradizione.

42. Il diritto romano aveva introdotta un'altra formalità estrinseca, quella cioè conosciuta sotto il nome d'insinuazione. Per tal modo si

Digitized by Google

eran tenute pubbliche le donazioni per evitara le frodi, sì per la supposizione di simili atti, massime tra prossimi parenti, sì per la facilità d'ingannare i creditori che ignorassero queste alienazioni.

In Francia la formalità dell'insinuazione è stata ammessa ed ordinata mercè di una lunga serie di leggi, le quali nondimeno non han mica appianato tutte le difficoltà nate dalla loro esecuzione. L'ordinanza del 1731 aveva fatto nascere molti dubbi su l'applicazione della pena di nullità delle donazioni per le quali non era stata eseguita questa formalità, su la necessità di adempierla nei diversi luoghi del domicilio e della situazione, sui termini prescritti, e su gli effetti dell'inesecuzione in questi termini. Alcune leggi interpetrative dell'ordinanza del 1721 sono state ancora necessarie, ed non semplice formalità di registro era divenuta la materia di una raccolta voluminosa di leggi complicate.

Tutta questa legislazione relativa alla pubblicità degli atti di donazione tra vivi è divenuta inutile, dopo che, mercè la legge ora vigente in tutta la Francia, non solamente questi atti, ma benanche tutte le altre alienazioni d'immobili debbon essere renduti pubblici per la trascrizione sopra registri aperti a chiunque vuol consultarli. L'oggetto di tutte le leggi su le insinuazioni sarà dunque intieramente adempiuto, ordinandosi che allora quando vi sarà donazione di beni suscettivi d'ipoteche, la trascrizione degli atti contenenti la donaziona dovrà esser fatta agli uffici delle ipoteche nel circondario dei quali si troveranno situati i beni.

Quanto ai mobili che sarebbero l'oggetto delle donazioni, essi non potrebbero mettersi nel numero dei pegni che i creditori potessero perseguire, non havvi alcuno dei diversi atti pei quali si può alienare dei mobili, il quale non sia soggetto a simili formalità.

L'insinuazione facevasi non solamente nel luogo della situazione dei beni, ma eziandio del domicilio: quest'ultima formalità non essendo stata creduta necessaria nel sistema generale della conservazione dei diritti dei creditori, non ernovi motivi particolari per impiegarla nel caso della trasmissione dei beni per donazioni tra vivi; in tal caso si può confidare su l'attività di coloro che avranno interesse di conoscere il pegno dei loro creditori o dei loro diritti. Quanto agli eredi l'inventario farà loro conoscere, mediante i titoli di proprietà, quali sono i beni; e, nello stato attuale delle cose, non vi ha nessuno crede che avendo il minimo dubbio sul buono stato di una successione non cominci dal verificare sui registri del luogo della situazione dei beni, quali sono le alienazioni.

43. Le persone incaricate della trascrizione, e che per tal motivo non potranno opporre la mancanza di questa formalità, sono i mariti, allorchè i beni saranno donati alle loro mogli; i tutori e curatori allora quando le donazioni saranno state fatte a minori o interdetti; gli amministratori, quando le medesime saranno state fatte agli stabilimenti pubblici.

Le donne han dovuto, per la conservazione dei loro diritti, esser autorizzate dalla legge a procedere solo alla formalità dell'iscrizione, quando questa non sarà stata adempiuta dai mariti.

44. La quistione se i minori e quei che godono dello stesso privilegio posson essere restituiti contro il difetto della donazioni tra vivi non era chiaramente decisa dal diritto romano, nè dalle antiche ordinanze. Vi era su tal riguardo una diversità di giurisprudenza, e l'ordinanza del 1731 in conformità ad una dichiarazione del 10 gennaio 1712 aveva pronunciato che la restituzione non avrebbe luogo, quando anche i tutori o altri amministratori sieno insolvibili.

Questa regola è stata confermata: essa è fondata sul principio che, se i minori hanno dei privilegi su la conservazione del loro patrimonio, è perchè non vengan colti negli aguati tesi alla fragilità della loro età, essi non debbon essere dispensati dal diritto comune, allorchè si tratta solo di rendere, mercè della donazioni, migliore la loro condiziona.

45. Si è esaminata la quistione se la donazioni tra vivi che non fossero state accettate durante la vita del donante e che ei non avesse rivocate, possano valere come disposizioni testamentarie.

Può dirsi che la volontà di donare risulta dall'atto di donazione; che, se il donatario non è stato per alcuna rivocazione spogliato del diritto di accettare, il donante è morto senza aver cambiata l'intenzione di fargli una liberalità: che la volontà dell'uomo che si restringe nei limiti della legge debbe esser rispettata.

Ma questa opiniona non può ammettersi pei testamenti: per questi la legge richiede una maggior solennità che per le donazioni tra vivi. Non può quindi presumersi che il donante per atto tra vivi abbia inteso fare una disposizione testamentaria, per la quale quest'atto sarebbe insufficiente, ed in niun caso debb'essergli permesso di dispensarsi così dall'adempiere le formalità prescritte pei testamenti.

46. Non vi ha donazione tra vivi, a meno che il donante non si spogli attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta. Quindi quella massima *che non si può donare e ritenere*, *e che si dona e si ritiene, quando il donante si ha riserbata la potestà di disporre liberamente della cosa donata.*

Se ne fa l'applicazione, decidendo che la donazione tra vivi non può comprendere che i beni presenti del donante.

Nell'ordinanza del 1731, si era dichiarata nulla, anche pei beni presenti, la donazione che comprendesse i beni presenti e futuri, perchè tali disposizioni si riguardavano come indivisibili, a meno che non fosse riconosciuta l'intenzione contraria del donante.

Egli è più ragionevole presumere che il donante di beni presenti e futuri non abbia intenzione di disporre di una maniera indivisibile; la donazione sarà nulla solamente per riguardo ai beni futuri.

47. Le conseguenze delle massime dianzi enunciate sono ancora che è nulla ogni donazione tra vivi, fatta sotto condizioni la cui esecuzione dipenda dalla sola volontà del donante, che la medesima è ugualmente nulla se è stata fatta sotto condizioni di soddisfare ad altri debiti, o pesi oltre quelli che esistevano all'epoca della donazione, o che erano espressi negli atti: che, se il donante non ha usato della facoltà di disporre ole si avea riserbata per riguardo ad une parte degli oggetti compresi nella donazione, questi non apparterranno al donatario, e che ogni donazione di effetti mobili dev'essere renduta certa, mediante uno stato estimativo annesso alla minuta della donazione.

La riserva di usufrutto e la riversione in vantaggio del donante non hanno nulla di contrario a questi principi.

48. Non vi ha eccezione alla irrevocabilità se non ne'casi in cui il donatario avesse mancato a quelle condizioni formalmente espresse, o quando la legge presume essere state nell'intenzione del donante.

49. La rivocazione per cagione d'inesecuzione delle condizioni espresse è comune a tutte le convenzioni. Ma sonovi due altre condizioni che la legge ha presunte: la prima, che il donatario non si renda colpevole di tali atti d'ingratitudine, che se il donante avesse potuto prevederli, non avrebbe fatta la donazione, e la seconda, che non gli sopravvenissero figliuoli.

50. Si sono determinati i casi in cui le donazioni potranno esser rivocate per cagione d'ingratitudine, come sarebbe allorchè il donatario avrà attentato alla vita del donante, allorchè si sarà renduto reo verso di lui di sevizie, delitti, o ingiurie gravi, o allora quando gli avrà negato degli alimenti.

Le donazioni in favore di matrimonio sono eccettuate, perchè hanno ancore per oggetto i figli nascituri, i quali non debbono esser vittime dell'ingratitudine del donatario.

51. Quanto alla rivocazione per la sopravvegnenza di figliuoli, lo si trova stabilita nel diritto romano mercè di una celebre legge (*si unquam, cod. De revoc. donat.*) La medesima è fondata su la presunzione che il donante non ha inteso preferire degli estranei ai propri figliuoli.

Indarno si oppone contro un motivo tanto potente che ne risulta una grande incertezza nelle proprietà; non poter sopraggiungere i figli se non molti anni dopo la donazione, presumersi che quei che dà abbia ponderate le sue liberalità su la possibilità in cui era di avere dei figli, di essersi potuto contrarre dei matrimoni in considerazione di queste liberalità.

Queste considerazioni non potrebbero prevalere sulla legge naturale, la quale subordina tutte le affezioni a quelle che un padre ha pei suoi figli.

Non è affatto da presumersi ch'egli donando abbia inteso violare dei doveri in ogni tempo contratti verso i discendenti che potrebbe avere, non che verso la società. Se potesse supporsi una simile volontà, l'ordine pubblico impedirebbe che la fosse accolta. Questi sono dei principî che il donatario non potrebbe sconoscere. Egli non ha dunque potuto ricevere che sotto la condizione della preferenza dovuta ai figliuoli che nascerebbero.

La regola delle rivocazione delle donazioni per sopravvegnenza di figli è stata mantenuta tal quale nell'ordinanza del 1731 trovasi spiegata e sceverata dalle difficoltà cui aveva dato origine.

52. Le regole particolari alle donazioni tra vivi sono seguite da quelle che concernono specialmente le forme e l'esecuzione delle disposizioni testamentarie.

53. L'istituzione di erede era nei paesi di diritto scritto l'oggetto principale dei testamenti. Nell'altra parte della Francia la legge sola faceva l'erede; l'istituzione non vi era permessa che in considerazione dei matrimoni.

Molte consuetudini non avevano neppure ammessa questa eccezione.

Esse avevan tutte riserbato ai parenti una parte dei beni, sotto il titolo di propri secondo alcune, e sotto lo stesso titolo ed anche sotto quello di acquisti o di mobili, secondo altre. Un tal ordine non andava punto d'accordo con quello delle affezioni naturali. Sarebbe stato dunque inutile, anzi contrario all' osservanza della legge l'ommettere per l'istituzione d'erede la volontà dell'uomo, il quale ovrebbe sempre cercato di far prevalere il voto della natura.

Queste differenze tra i paesi di diritto scritto e quelli di consuetudine debbono cessare, qualora una legge comune e tutta la Francia dia, senza veruna distinzione di beni, la stessa libertà di disporre. L'istituzione di erede vi sarà ugualmente permessa.

54. Il più gran difetto che le legislazione sui testamenti abbia avuto presso i Romani e di poi in Francia è stato quello di essere troppo complicata. Ora si è cercato di semplificarla.

Si è dunque cominciato dall'allontanare ogni difficoltà sul titolo dato alla disposizione. Il testamento sarà valido, sotto qualunque titolo

sia stato fatto, tanto sotto quello d'istituzione di erede, ovvero sotto il titolo di legato universale o particolare, quanto sotto qualsivoglia altra denominazione atta a manifestare la volontà.

55. Si è soltanto mantenuta e spiegata una regola stabilita dall'ordinanza del 1735. Un testamento non potrà esser fatto simultaneamente e nello stesso atto da due o più persone, sia a favore di un terzo, sia a titolo di donazione reciproca e scambievole Gli era d'uopo evitare di far rinascere quella diversità di giurisprudenza che aveva avuto luogo su la quistione, se dopo la morte di uno de' testatori il testamento poteva esser rivocato dal superstite. Permettere di rivocarlo è lo stesso che violare la fede della reciprocanza: dichiararlo irrevocabile fa cambiare la natura del testamento, il quale in tal caso non è più in realtà un atto di ultima volontà. Sicchè bisognava interdire una forma incompatibile tanto con la buona fede, che con la natura del testamento.

56. Del resto si sono scelte nel diritto romano e nelle consuetudini le forme di atti che sono sembrate ad un tempo le più semplici e le più sicure.

Esse saranno al numero di tre, *il testamento olografo*, quello fatto per atto pubblico, ed *il testamento mistico.*

In tal modo le altre forme di testamenti, ed a più forte ragione le disposizioni che sarebbero fatte verbalmente, sia per segni o per lettere missive, non saranno punto ammesse.

57. *Il testamento olografo* o sotto firma privata, debb'essere scritto per intiero, datato e sottoscritto dalla mano del testatore.

Siffatta forma di testamento nei paesi di diritto scritto era ammessa soltanto a favore dei figli. In mezzo a tutte le solennità di cui i Romani rivestivano i loro testamenti, uno scritto privato non sembrava loro meritare assai fiducia; e se essi, mossi da rispetto per la volontà dei padri, avevano obbligato i discendanti di questi ad osservarla, allorchè sarebbe così manifestata, avevano inoltre richiesto la presenza di due testimoni.

Si dovevan mai rigettare intieramente i testamenti olografi? Questa forma è la più commoda, e l'esperienza non ha insegnato risultarne molti abusi che potessero determinarne la soppressione.

Era dunque meglio render comune a tutta la Francia questa maniera di disporre per testamento.

Si è soltanto tenuta la precauzione che lo stato di questi atti fosse verificato.

Ogni testamento olografo, prima che venga eseguito, deve esser consegnato al giudice all'uopo destinato, il quale formerà un processo verbale dello stato in cui si troverà, e ne ordinerà il deposito presso un notaio.

58. Quanto ai testamenti per atto pubblico, si è preso un termine medio tra le solennità prescritte dal diritto scritto e quelle usate nei paesi di consuetudine.

In questi bastava che vi fossero due notai, o un notaio e due testimoni; anzi in molte consuetudini si attribuivano queste funzioni ad altre persone pubbliche, o ai ministri del culto.

Nei paesi di diritto scritto, *i testamenti nuncupativi* scritti dovevano esser fatti in presenza di sette testimoni per lo meno, compresovi il notaio.

La libertà di disporre essendo stata generalmente molto estesa nei paesi consuetudinari, conveniva accrescere le precauzioni prese per esser sicuri della volontà dei testatori; ma col richiedere un numero di testimoni maggiore di quello che si richiederebbe per ottenere questo scopo, si sarebbe recato non piccolo impaccio a coloro che dispongono, e forse si sarebbero esposti a trovarsi spesso nella impossibilità di fare in tal modo stendere i loro testamenti.

Questi motivi han determinato a stabilire che il testamento per atto pubblico sarà ricevuto da due notai in presenza di due testimoni, o da un solo notaio in presenza di quattro testimoni.

59. L'uso dei *testamenti mistici* o segreti era sconosciuto ne' paesi di consuetudine; la era un'istituzione da propagarsi in favore di coloro che non sanno scrivere o che per motivi spesso plausibili non vogliono nè fare il loro testamento con privata scrittura nè confidare il segreto delle loro disposizioni. Essa diveniva anche più necessaria, perciocchè pei testamenti per atto pubblico si richiede in ogni caso la presenza di due testimoni, anzi di quattro, se vi è un solo notaio.

Ma, ammettendo la forma dei testamenti mistici, non potevasi trasandare niuna delle formalità richieste ne'paesi di diritto scritto.

Sono da temersi in questi atti le sostituzioni di persone o di scritture: gli è d'uopo che le formalità sieno tali che restino sventate le più ingegnose macchinazioni della cupidigia, ed il numero dei testimoni è quello che più di ogni altro può impedire che entrassero tutti in una cospirazione criminosa. Si è dunque creduto doversi ammettere le formalità dei testamenti mistici o segreti, siccome si trovano enunciate nell'ordinanza del 1735.

Si è voluto rendere uniformi le formalità relative all'apertura de'testamenti mistici. La loro presentazione al giudice, la loro apertura, il loro deposito, saran fatti allo stesso modo che pei testamenti olografi. Si richiede inoltre che i notai ed i testimoni dai quali sarà stato firmato l'atto di sottoscrizione, e che si troveranno sui luoghi, sieno presenti o chiamati.

60. Tali sono in generale le formalità dei testamenti. Ma può avvenire che il servizio militare, che qualche malattia contagiosa, o

Digitized by Google

de' viaggi marittimi; mettano il testatore nella impossibilità di osservare, su tal riguardo, le legge; intanto in tali circostanze appunto in cui è spesso in pericolo la vita, diviene più urgente e più utile il manifestare l'ultima propria volontà. La legge sarebbe dunque incompleta, se un gran numero di cittadini, e massime quelli che trovansi lontani dalle domestiche mura pel servizio della patria, venissero da lei privati di un diritto naturale e tanto prezioso, quanto quello di disporre per testamento.

Laonde in tutte le legislazioni sonosi prescritte per questi diversi casi delle formalità particolari le quali danno tanta sicurezza per quanto lo permette la possibilità dell'esecuzione; quelle che sono state già stabilite dall'ordinanza del 1735, sono state mantenute con alcune modificazioni che non richiedono un esame particolare.

61. Dopo aver prescritto le formalità de'testamenti, restava a regolare quali sarebbero i loro effetti, e come sarebbero eseguiti.

62. Non vi sarà più su tal riguardo veruna diversità.

L'erede istituito ed il legatario universale avranno gli stessi diritti, e saranno soggetti agli stessi pesi.

Nelle consuetudini in cui l'istituzione di erede era assolutamente vietata o era ammessa soltanto ne'contratti di matrimonio, non eravi titolo di erede fuorchè nella stessa legge, cosa che veniva espressa col detto: *il morto investe il vivo.* I legatari universali erano tenuti, anche quando raccoglievano tutti i beni, di domandarne il rilascio.

Nei paesi di diritto scritto quasi tutti gli eredi avevano il loro titolo in un testamento; essi entravano di pieno diritto in possesso della successione, anche quando eranvi dei legittimari.

Si può dire pel sistema del diritto scritto che l'istituzione di erede essendo autorizzata dalla legge, colui che è istituito da un testamento ha il suo titolo nella legge stessa, come quello che è chiamato direttamente da essa; che dal momento che esiste un erede per l'istituzione, egli è senza oggetto ed anche contraddittorio che vi sia un parente rivestito di questa qualità senza poterne ritrarre qualche vantaggio; che il testamento rivestito di formole sufficienti è un titolo che non deve meno degli altri avere la sua esecuzione provvisoria; che la domanda di rilascio e l'immissione in possesso fatta dal parente spogliato della qualità di erede non possono dar luogo che a spese e controversie che debbonsi evitare.

Coloro che pretendono esser preferibile l'antica usanza dei paesi di consuetudine, anche quando vi è ammessa la facoltà d'istituire gli eredi, riguardano il principio secondo il quale il parente chiamato dalla legge alla successione, deve sempre esser tenuto come investito del possesso, all'istante della morte, come la salvaguardia delle famiglie. Il testamento non debbe aver effetto che dopo la morte, e nel produrlo. è certo il titolo del parente chiamato dalla legge; l'altro può non esser valido, ed è almeno sempre suscettivo di esame. Il tempo di produrre un testamento, mentre si adempiono le prime formalità per comprovare lo stato di una successione, non è mai tanto lungo, perchè l'immediato possesso del parente chiamato dalla legge possa esser di pregiudizio all'erede istituito.

Nè l'una nè l'altra di queste due opinioni è stata intieramente abbracciata; ma in ciascuna di esse si è preso ciò che è sembrato più atto a conciliare i diritti di coloro che la legge chiama alla successione, e di quelli che debbono raccoglierla per la volontà dell'uomo.

Allorchè alla morte del testatore vi sieno degli eredi ai quali la legge riserva una porzione di beni, questi eredi saranno di pieno diritto investiti per la sua morte della intiera successione, e l'erede istituito o il legatario universale sarà tenuto a domandar loro il rilascio dei beni compresi nel testamento.

Qualora l'erede istituito o il legatario universale si trovi così in concorrenza con l'erede legittimo, quest'ultimo merita di esser preferito. Egli è difficile che altrimenti potesse avvenire nella esecuzione. Ed invero non sarebbe forse affatto contrario alla pubblica onestà, alla umanità, all'intenzione presunta del testatore, che uno dei suoi figli o degli autori dei suoi giorni, all'istante della sua morte, fosse scacciato dalla sua casa, senza che avesse neppure il diritto di verificar prima il titolo di colui che si presenta? Quest'ultimo avrà molto meno diritto di lamentarsi di questo momentaneo possesso, che a lui si appartengono i frutti dal giorno della morte, se la domanda del rilascio è stata fatta fra l'anno della morte.

Se l'erede istituito o il legatario universale non trovasi in concorrenza con eredi cui spetta una porzione di beni loro riserbata dalla legge, gli altri parenti non potranno impedire che questo titolo non abbia tutta la forza e la esecuzione provvisionale fin dal momento della morte del testatore.

È sufficiente che eglino possano verificare il titolo che li spoglia.

Se quest'otto è stato fatto innanzi notaio, la sua forma lo rende meno sospetto, e le persone interessate han potuto verificarlo nel deposito ove anticipatamente si trovava.

Se è olografo o in forma mistica, sonosi usate delle precauzioni affinchè i parenti chiamati dalla legge abbiano tutto l'agio di verificarlo, prima che l'erede istituito o il legatario universale possano mettersi in possesso.

I testamenti fatti nell'una o nell'altra forma dovranno esser depositati presso un notaio no-

minato dal giudice: si obbliga l'erede istituito o il legatario universale ad ottenere un' ordinanza d'immissione in possesso, o questa ordinanza non sarà rilasciata che sulla esibiziono dell'atto del deposito.

63. In quanto ai pesi cui son tenuti l'erede istituito ed il legatario universale, i debiti sono da prima prelevati; e quindi se vi ha concorrenza con un erede, cui la legge riserva una quota di beni, egli vi contribuirà per la sua parte e porzione, ed ipotecariamente pel tutto.

Vi ha un altro peso il quale non era sempre così oneroso per l'erede istituito come pel legatario universale.

Nei paesi di diritto scritto, era permesso all'erede istituito di ritenere, sotto il nome di *falcidia*, il quarto della successione, ritenendolo dai legati, se questi oltrepassavano il valore di tre quarti.

I testamenti erano stati sempre considerati presso i Romani come di diritto politico piuttosto che di diritto civile; e la legge prendeva tutte le precauzioni perchè quest'atto di suprema magistratura ricevesse la sua esecuzione. Essa presumeva sempre la volontà di non morire *ab intestato*.

Nondimeno. allorchè il testatore avea esaurito in legati il valore della sua successione, gli eredi istituiti non aveano più verun interesse di accettare, l'istituzione diveniva caduca, e con lei cadeva tutto il testamento.

Si presumeva che colui, il quale istituisce un erede, lo preferisce ai semplici legatari, e l'erede sopraccaricato di legati fu autorizzato, dalla legge ottenuta del Tribuno Falcidio sotto il regno di Augusto, a ritenere il quarto dei beni.

Questo temperamento fu in appresso renduto comune all' erede *ab intestato*, ed a coloro pure cui spettava una legittima. Questo diritto è stato conservato dall' ordinanza del 1735.

Nei paesi di consuetudini, non vi erano somiglianti ritenute in vantaggio dei legatari universali, anche quando i beni rimasti dal testatore eran tutti di tale natura da esser compresi nei legati. La presunzione legale in questi paesi era che i legati particolari contenevano la espressione più positiva della volontà del testatore, che non il titolo di legatari universali; questi ultimi eran tenuti a soddisfare tutti i legati.

Quest'ultima legislazione è sembrata preferibile; dappoichè più non han luogo le cause che avean fatto introdurre la quarta *falcidia*. La legge, dichiarando che i legati particolari saranno tutti soddisfatti dagli eredi istituiti o dai legatari universali, non lascerà più verun dubbio sulla intenzione che avranno avuti i testatori di dar la preferenza ai legati particolari: se mai avviene che qualche testatore ignori talmente lo stato del suo patrimonio da esaurirlo in legati particolari, anche quando avesse istituito un erede o nominato un legatario universale, la legge non perciò deve prevedere dei casi tanto straordinari.

64. Vi ha un'altra specie di legati conosciuti sotto il nome di legati *a titolo universale*, non già perchè essi comprendessero, come i legati di cui ora si è parlato, l'universalità dei beni, ma perchè comprendono solamente una quota parte di quelli di cui la legge permette disporre, come una metà, un terzo, o tutti gli immobili, o tutti i mobili, o una quota parte degli immobili o dei mobili.

65. Questi legatari, non altrimenti che quelli *a titolo particolare*, son tenuti a domandare il rilascio; ma facea d'uopo distinguerli, perciocchè è giusto che coloro i quali raccolgono così a titolo universale una quota parte dei beni della successione, sieno sottoposti a taluni pesi che non potrebbero imporsi sui legati particolari Tale si è la contribuzione ai debiti ed ai pesi della successione, e la soddisfazione dei legati particolari in concorrenza con coloro i quali sotto qualunque titolo raccolgono l'universalità dei beni.

66. Allorchè vi sarà un legatario a titolo universale di una porzione qualunque di tutti i beni, dovrà annoverarsi nella stessa classe colui al quale collo stesso testamento fossero lasciati tutti i rimanenti beni sotto il titolo *di legatario universale.*

67. Relativamente ai legati particolari, sonosi osservate le regole del diritto comune, e si è cercato di prevenire le difficoltà indicate dall' esperienza; basta leggere queste disposizioni per conoscerne i motivi.

68. Lo stesso avviene per quelle che riguardano l'esecuzione testamentaria, e la rivocazione dei testamenti o la loro caducità.

69. La legge stabilisce delle regole particolari relativamente a talune disposizioni tra vivi o di ultima volontà, le quali richiedono delle disposizioni tutte loro proprie.

70. Tali sono le disposizioni permesse ai padri ed alle madri, ed ai fratelli e sorelle, la cui sollecitudine, prolungandosi nell'avvenire, avesse loro fatto temere che dei nipoti o dei pronipoti non fossero esposti alla miseria per la cattiva condotta o per le disgrazie di coloro che ad essi han dato la vita.

Nella maggior parte delle legislazioni, e nella nostra fino agli ultimi tempi, la patria potestà ha avuto nella diseredazione uno dei maggiori mezzi da prevenire e punire le colpe dei figliuoli. Ma rimettendosi quest'arme terribile nella mani dei genitori, non si è pensato che a vendicare la loro oltraggiata autorità, lasciando da banda i principi relativi alla trasmissione dei beni.

Una delle ragioni che han fatto sopprimere il diritto di diseredazione, si è che l'applicazione della pena al figliuolo colpevole si estenderebbe alla sua innocente posterità. Ora que-

s'a non dovea esser meno una parte essenziale della famiglia, e dovea trovarvi lo stesso favore e gli stessi diritti.

Ma non vi era che un piccol numero di casi nei quali i figliuoli del diredato si ammettevano alla successione di colui il quale avea pronunciato la fatale condanna.

Sicchè sotto il riguardo della trasmissione dei beni nella famiglia, la diseredazione non produceva che degli effetti funesti: la prole la più numerosa di un solo colpevole era inviluppata nella sua proscrizione; e quanto non doveano esser scandalose nei tribunali quelle contestazioni in cui per cause pecuniarie la memoria del padre era lacerata da coloro i quali opponeansi alla diseredazione, e la condotta del figlio diredato presentata sotto un aspetto che la cupidigia cercava rendere sempre più odioso!

Pur tuttavolta era necessario trovare un mezzo da conservare alla potestà dei genitori il vigore necessario, senza ledere la giustizia.

A prima giunta erasi creduto che potesse ottenersi un tale scopo, se si concedesse ai genitori il diritto di ridurre il figliuolo, il quale si rendesse colpevole di una notoria dissipazione, al semplice usufrutto della sua porzione ereditaria, la qual cosa avrebbe assicurato la proprietà ai discendenti nati e nascituri da questo figlio.

Le tracce di questa disposizione officiosa erano trovate nelle leggi romane, ma dopo un più profondo esame si è in essa scoperta la maggior parte degl' inconvenienti della diseredazione.

I padri o la madri debbono riconoscere dalla natura e non dalla legge il massimo loro potere. Gli sforzi dei legislatori debbon essere diretti a secondare la natura ed a mantenere il rispetto che essa ha ispirato ai figliuoli: la legge la quale desse al figlio il diritto di far ingiuria alla memoria di suo padre, e di presentarlo ai tribunali come colpevole di aver violati i suoi doveri con una ingiusta e barbara proscrizione, sarebbe ella stessa una specie di attentato alla potestà paterna, e tenderebbe ad avvilirla nella opinione dei figliuoli. La prima regola in questa parte della legislazione si è di evitare per quanto è possibile di far intervenire i tribunali trai genitori ed i loro figliuoli. Il più delle volte è cosa pericolosa di rimettere tra le mani dei genitori delle armi che i figliuoli possono combattere e rendere impotenti.

Sarebbe stato un errore il credere che il figliuolo ridotto all' usufrutto della sua porzione ereditaria, non vedesse egli stesso sa non il vantaggio della sua posterità, e ch' egli non si lamentasse di una disposizione che gli lasciasse l' intiero godimento delle rendite. Questa disposizione officiosa pei nipoti sarebbe stata contro il loro padre così gravato, una vera interdizione la quale avrebbe potuto avere sulla sua sorte una funesta influenza durante il resto della sua vita. In qual modo colui, il quale è stato proclamato come un dissipatore dal suo padre stesso, potrebbe presentarsi per ottenere dei pubblici uffici? Come mai potrebbe egli godere qualche confidenza in qualunque specie di professione?

E non era egli troppo rigoroso di render perpetui gli effetti di una pena tanto grave, allorchè la causa forse potea esser passaggiera?

Il perchè si è di leggieri preveduto che tutti i figliuoli così condannati per l' autorità dei genitori, si querelerebbero innanzi ai tribunali, e quanti vantaggi non avrebbero essi nel comparirvi?

La dissipazione si compone di una sequela di fatti che la legge non può punto determinare: ciò che può dirsi dissipazione in un caso, non lo è in un altro. Il primo giudice, colui la cui voce sarebbe tanto necessario di sentire per conoscere i motivi della sua decisione, più non esiste.

Potrebbe egli mai immaginarsi una scena più contraria ai buoni costumi, quanto quella di un avo la cui memoria fosse lacerata dal suo figlio ridotto al solo usufrutto, nello stesso tempo che la condotta di questo figlio sarebbe disvelata dai suoi proprii figliuoli? Questa famiglia non diverrebbe forse lo scandalo e l'obbrobrio della società? quando potrebbesi mai sperare che si ristabilirebbe il rispetto dei figliuoli pei genitori? Malamente dunque avrebbe adempito il suo scopo quel padre di famiglia il quale, riducendo il suo figlio all' usufrutto, non avesse avuto che delle benefiche intenzioni verso i suoi nipoti; e ben deve credersi che egli sarebbesi da ciò astenuto se avesse preveduto le funeste conseguenze che avrebbero seguito la sua disposizione.

La legge, la quale avesse ammesso questa disposizione, sarebbe stata ancora viziosa, perchè la riduzione all' usufrutto avrebbe potuto estendersi sulla intiera porzione ereditaria. Ciò sarebbe il voler portare un attentato al diritto di legittima, il quale finora si è riguardato come non soggetto a riduzione neppure per parte dei genitori, qualora non sia il caso della diseredazione. Ora la dissipazione notoria non è stata mai una causa di diseredazione, ma solamente di una interdizione suscettiva di esser tolta quando la sua causa più non esistesse.

Tuttochè la disposizione officiosa, come in sulle prime erasi concepita, fosse esposta ad inconvenienti che han persuaso di non ammetterla, l' idea non a' era in se stessa meno giusta ed utile, e sarebbesi caduto in un eguale errore se non si fosse conservata con qualche modificazione.

Facea d' uopo di evitare, da una parte, che la disposizione divenisse un germe di discordie e di accuse rispettive, o dall' altra, che

non fosse violata la legge, la quale sottrae una certa quantità di beni alla volontà del padre.

Queste condizioni trovansi adempiute, qualora si dia ai padri, ed alle madri la facoltà di assicurare ai loro nipoti la porzione dei beni di cui la legge concede loro una libera disposizione.

Essi potranno porla in sicuro, lasciandola ad uno o a più dei loro figli; ed obbligando questi di trasmetterla ancora ai loro figliuoli. Voi avete veduto che la porzione disponibile lasciata al padre basterà per ottenere lo scopo desiderato: essa sarà, avuto riguardo alle facoltà di ciascuno, assai considerevole perchè i nipoti sieno preservati dalla miseria cui potrebbero esser esposti per la cattiva condotta o per le disgrazie del loro padre.

L'avo non può sperare dalla legge un potere più esteso di quello di cui ha bisogno, qualora non ascolti che i sentimenti di un sincero affetto verso la sua discendenza; e da un'altra banda, la quota riservata ai figli è di diritto pubblico, e non può esservi derogato dalla sua volontà, benchè ragionevole.

Allorchè s'impone l'obbligo della restituzione dei beni, essa deve aver luogo in favore di tutta la discendenza del figlio così gravato, senza veruna preferenza per ragione di età o di sesso, e non solo in vantaggio dei figli nati nel momento della disposizione, ma ancora di tutti quelli da nascere.

Questo mezzo è preferibile a quello della *disposizione officiosa:* la riserva legale rimane intatta: la volontà del padre non si applica se non a quei beni di cui egli può assolutamente disporre: essa non può esser impugnata nè compromessa, nè ha più il carattere di una pena contro il figliuolo gravato di restituzione; essa potrà applicarsi al figlio dissipatore come a colui il quale ha sofferto delle disgrazie, o che pel suo stato vi andasse esposto.

Può avvenire che i genitori, soli giudici delle ragioni che gl'inducono a disporre così di una parte dei loro beni col peso della restituzione, abbiano solamente la volontà di preferire ad un tempo il figlio cui lasciano l'usufrutto, e la sua posterità. Ma la legge li dichiara padroni di disporre in favore di quel loro figliuolo, che meglio va loro a grado e devesi molto meno temere una cieca preferenza, allorchè i beni debbono passare dal figlio gravato di restituzione a tutti i nipoti senza veruna distinzione, ed in primo grado solamente.

Con questo spirito appunto di conservazione della famiglia, la legge proposta ha esteso a colui che muore, senza lasciar altri che dei fratelli e delle sorelle, la facoltà di gravarli di restituzione, fino alla concorrenza della porzione disponibile, a favore di tutti i figli di ciascun gravato.

Ognun vede che la facoltà accordata ai padri ed alle madri di donare ad uno o più dei loro figli tutti i beni disponibili ovvero una porzione di essi, col peso di trasmetterli ai nipoti ha tanto poca relazione con l'antico sistema delle sostituzioni, che non se n'è ad esse neppure conservato il nome.

Non altro ha di comune colle sostituzioni, se non la trasmissione successiva dal figlio donatario ai nipoti.

Ma se ne allontana per la ragione che l'oggetto della facoltà conceduta ai genitori ed ai fratelli non è quello di creare un ordine di successione, e d'invertire i diritti naturali di coloro che son chiamati dalla legge, ma piuttosto di mantenere quest'ordine e questi diritti in favore di una generazione che ne sarebbe stata privata.

Nelle antiche sostituzioni trattavasi di un ramo preferito all'altro: nella nuova disposizione non trattasi che di un ramo minacciato e che vuolsi conservare.

71. Nello stabilirsi questa specie di disposizione officiosa, è bisognato porre le regole necessarie alla sua esecuzione.

Primamente si è determinata la forma di quest'atto. Essa è simile a quella delle disposizioni tra vivi e dei testamenti.

Colui, il quale avrà donato dei beni senza obbligo di restituzione, potrà imporlo con una nuova liberalità.

72. Nessun dubbio potrà nascere sull'apertura dei diritti dei chiamati. Essa avrà luogo al momento in cui, per qualsivoglia cagione, cesserà il godimento del gravato; ciò non pertanto se si eseguisse una rinuncia in frode dei creditori, sarà giusto che i loro diritti fossero conservati.

73. Il favore dei matrimoni non può in questo caso esser un motivo pel quale le mogli possano sperimentare un ricorso sussidiario sui beni così donati, esse non ne avranno che pel loro danaro dotale, e solamente nel caso in cui questo sarà stato formalmente espresso nella donazione tra vivi o nel testamento.

74. La legge dovea quindi prevedere le difficoltà che potrebbero aver luogo nell'esecuzione di questi atti. Facea d'uopo evitare che, in occasione di un obbligo imposto ad un padre in vantaggio dei suoi figli, potessero insorgere delle controversie fra loro. In tutte le parti del codice civile si ravviseranno i mezzi usati per impedire una tal disgrazia.

Se il padre non adempie alle obbligazioni richieste dalla condizione della restituzione, fa di mestieri che vi sia tra lui ed i figli una persona, il cui procedere diretto dalla legge non possa provocare il risentimento del primo contro i secondi.

Questa terza persona sarà un tutore, nominato per far eseguire, dopo la morte del donante o del testatore la sua volontà.

Sarebbe meglio che questo tutore fosse no-

Digitized by Google

minato da quello stesso che fa la disposizione, affinchè l'esecuzione si rendesse più sicura. Questa scelta darebbe al tutore, così nominato, un titolo di più alta confidenza ed al rispetto del figliuolo gravato.

Se questa nomina non si è peranco fatta, o se il tutore nominato muore, la legge prende tutte le precauzioni, affinchè non possa mai avvenire che non vi sia tutore incaricato dell'esecuzione.

Il gravato sarà tenuto a provocare questa nomina, sotto pena di perdere il diritto al beneficio della disposizione; se egli manca a questo dovere, vi sarà supplito, sia dai chiamati, se sono maggiori, sia dai loro tutori o curatori, se sono minori o interdetti, sia da qualunque parente dei chiamati maggiori, minori o interdetti, o anche di ufficio, ad istanza del commissario del governo presso il tribunale di prima istanza del luogo in cui è aperta la successione.

75 Sono poscia stabilite alcune regole per comprovare lo stato dei beni, per la vendita dei mobili, per l'impiego del danaro, per la trascrizione degli atti contenenti la disposizione, o per l'iscrizione sui beni affetti al pagamento delle somme collocate con privilegio.

76. V' ha puranche un altro genere di disposizione che debbe avere una grande influenza sulla sorte delle famiglie: queste sono le divisioni fatte dal padre, dalla madre o dagli altri ascendenti fra i loro discendenti, ed è questo l'ultimo e più importante atto della potestà e dell'affezione de' genitori. Essi staranno contenti quasi sempre a questa saggia ripartizione che la legge stessa ha fatta trai loro figliuoli. Ma resteranno sempre, per quelli soprattutto che hanno un piccol patrimonio, come ancora per quelli che hanno dei beni la cui divisione non sia facile, o sia suscettiva d'inconvenienti, di gravi inquietudini sulle dissensioni che possono insorgere trai loro figliuoli Quanto sarebbe dolorosa per un buon padre l'idea che i lavori, il cui prodotto dovea render felice la sua famiglia, saranno occasione di odi e di discordie. A chi dunque potrebbesi confidare con maggior sicurezza la ripartizione de'beni trai figli, se non ai padri e madri, che meglio di qualunque altro ne conoscono il valore, i vantaggi e gl'inconvenienti, ai padri e alle madri, che adempiranno a questa magistratura, non solo coll'imparzialità di giudice, ma anche con quella cura, con quell'interesse, e con quella previdenza che l'affezione paterna può sola ispirare?

77. Questa presunzione sì forte in favore dei padri e delle madri ha nondimeno lasciato ancora delle inquietudini sull'abuso che potrebbero fare di questo potere coloro, che per una cieca preferenza, per orgoglio o per altre passioni, vorrebbero riunire la maggior parte dei loro beni sulla testa di un solo de'loro figliuoli. Si è osservato che quanto più grande fosse il numero de'figliuoli, tanto sarebbe più facile al padre di accumulare i beni in vantaggio del figliuolo preferito.

78. Sarebbe stato ingiusto, ed anche contrario allo scopo a cui si tendeva, il ricusare al padre, il quale al tempo della divisione trai suoi figli potea disporre liberamente di una parte dei suoi beni, l'esercizio di questa facoltà nella divisione stessa. In tal modo egli può evitare degli smembramenti, e conservare ad uno de'suoi figli l'abitazione, la quale potrà continuare ad essere l'asilo comune, riparare le ineguagliaaze naturali o accidentali, in una parola nell'atto di divisione ei potrà combinar meglio, e realizzare nel tempo stesso la più equa ripartizione e la più atta a render felice ciascuno dei suoi figli.

Ma se un figlio fosse leso di più di un quarto, o se risultasse dalla divisione e dalle disposizioni fatte per precapieoza, che uno dei figli avesse un vantaggio maggiore di quello che la legge gli permette, l'operazione potrà essere impugnata dalle altre parti interessate.

79. Le dimissioni di beni erano usate in gran parte della Francia.

E avvi delle regole assai diverse sulla natura di questi atti.

In taluni paesi non si dava loro la forza di donzioni tra vivi, ma erano rivocabili; ma neppure consideravansi come atti testamentari, poichè avevano un effetto presente. Erasi conservata in questi paesi la regola di diritto, secondo la quale non si può istituire un erede irrevocabile: non eravi eccezione che per le istituzioni per contratto di matrimonio. Temevasi che i parenti avessero a pentirsi d'essersi troppo abbandonati a de'sentimenti di affezione, e di aver avuto troppa confidenza in coloro a cui avevano donato il loro patrimonio.

Ma da un'altra parte lasciavasi così ne'patti di fam glia un'incertezza che cagionava i più grandi inconvenienti. Il rinunciatario, che aveva la proprietà sotto la condizione della rivocazione, lusingavasi sempre ch'ella non avesse luogo. Egli trattava coi terzi, obbligavasi verso di essi, dispensava, alienava; e la rivocazione non avea mai luogo senza esser accompagnata da liti, che avvelenavano il resto della vita del rinunciante, e che rendevano la sua condizione peggiore che se avesse lasciato sussistere l'abbandono.

Si è soppressa questa specie di disposizione come quella che è divenuta inutile. I genitori potranno imporre nelle donazioni tra vivi quelle condizioni che vorranno; essi avranno la stessa libertà negli atti di divisione, purchè non contengano niente di contrario alle regole di sopra esposte, e secondo le quali sarebbero state dichiarate irrevocabili le dimissioni di beni, se fossero state permesse.

80. Vi sono due altre specie di donazioni le

queli sono state sempre poste in una classe e parte, e per le quali debbon essere modificate le regole generali.

Queste sono le donazioni fatte per contratto di matrimonio egli sposi ed ai figli nascituri dal matrimonio, e le donazioni trai coniugi.

81. Qualunque legge, nella quale non si cercasse d'incoraggiare i matrimoni, sarebbe contraria alla politica ed alle umanità. Lungi dall'incoraggiarsi, lor si opporrebbero degli ostacoli, qualora non si desse il più largo campo alle donazioni, senza le quali non si contrarrebbero tali legami. Sarebbe anche ingiusto di assoggettare i parenti donanti alle regole che distinguono in un modo assoluto le donazioni tra vivi dai testamenti. Il padre il quale merita i suoi figli si occupa della loro prosperità; la dotazione attuale deve quasi sempre esser subordinata alle disposizioni sulla successione futura. I contratti di matrimonio non solo partecipano della natura degli atti tra vivi e dei testamenti, ma debbonsi ancora considerare come tanti trattati tra le due famiglie, pei quali devesi godere della più grande libertà.

Questi principi sono immutabili ed i loro effetti han dovuto esser conservati nella legge proposta.

82. Perciò gli ascendenti, i parenti collaterali degli sposi, ed anche gli estranei potranno, per contratto di matrimonio, donar tutti o una parte dei beni che eglino lasceranno al tempo della loro morte.

83. Questi donanti potranno prevedere il caso in cui lo sposo donatario morisse prima di essi, ed in questo caso potranno estendere la loro disposizione a favore dei figli nascituri del loro matrimonio. Quando anche i donanti non avessero preveduto il caso della loro sopravvivenza, si presumerà di diritto che la loro intenzione sia stata di disporre, non solo in vantaggio dello sposo, ma ancore in favore dei figliuoli e discendenti che nasceranno dal matrimonio.

84. Queste donazioni potranno comprendere ad un tempo i beni presenti ed i futuri: solo si è usata a tal riguardo una precauzione, la cui necessità è stata dimostrata dall'esperienza.

Lo sposo, al quale fossero stati donati i beni presenti e futuri, avea alla morte del donante il diritto di prendere i beni esistenti al momento delle donazione, rinunciando ai beni futuri, o di raccogliere i beni nello stato in cui trovavansi al tempo della morte. Allorchè il donatario preferiva i beni esistenti all'epoca della donazione, innumerevoli controversie, e che un lungo intervallo di tempo rendea il più spesso inestricabili, insorgeano sulla determinazione dello stato del patrimonio a tal'epoce, e di leggieri frodavansi quei creditori i cui titoli non aveano una data certa. Il favore dei matrimoni non deve aver nulla di contrario al riposo delle famiglie e alla buona fede.

È dunque necessario che il donante, il quale vuol concedere le scelte dei beni presenti o dei futuri, unisca all'atto uno stato dei debiti e pesi allora esistenti, e che il donatario dovrà soddisfare; altrimenti costui non potrà, nel caso in cui accetterà la donazione, reclamare se non i beni che si troveranno nel momento della morte.

85. Le donazioni per contratto di matrimonio potranno farsi sotto una condizione, la cui esecuzione dipenderà dalla volontà del donante. Lo sposo è quasi sempre il figlio e l'erede del donante; e però è giusto che si sottometta alla volontà di colui che ha tante influenza sulla sua sorte; che se un estraneo è quegli di cui egli sperimenta la beneficenza, la condizione impostagli non impedisce che egli abbia un grande interesse ad accettare.

86. Da ultimo un forte mezzo da incoraggiare le donazioni per contratto di matrimonio si era di dichiarare che, ad eccezione di quelle dei beni presenti, esse diverrebbero caduche, se il donante sopravvivesse al donatario morto senza prole.

87. Tutte le leggi che hanno preceduto quella del 17 nevoso anno II, han sempre distinto le donazioni che i coniugi posson farsi tra loro col loro contratto di matrimonio, da quelle che avrebbero potuto aver luogo durante il matrimonio.

Il matrimonio è un trattato, nel quale i minori assistiti dai loro parenti, o i maggiori debbon essere liberi di stipulare i loro dritti, e di regolare i vantaggi che vogliono scambievolmente farsi. I sentimenti reciproci sono allora in tutto il loro vigore, e l'uno non ha ancora preso sull'altro quell'impero che tiene dall'autorità maritale, e che è il risultamento della vita in unione. Il favore dovuto ai matrimoni vuole che gli sposi, al momento che formano i loro legami, abbiano la libertà di farsi reciprocamente, o l'uno dei due all'altro, le donazioni che crederanno a proposito.

Non è lo stesso in quanto alle donazioni che i coniugi volessero farsi durante il matrimonio.

Le leggi romane proibirono da prima le donazioni tra i coniugi di una maniera assoluta. Si temeva di vederli spogliarsi scambievolmente del loro patrimonio per gli effetti inconsiderati della reciproca tenerezza, di rendere venale il matrimonio, e di mettere il coniuge onesto nel caso di comprare la tranquillità e costo di sacrifizi estortigli dall'altro sotto titolo di donazioni.

Quest'assoluta proibizione fu modificata sotto il regno di Antonino, che credette prevenire tutti gl'inconvenienti dando ai coniugi la facoltà di rivocare le donazioni, che si facessero durante il matrimonio. Queste dottrine è stata seguita in Francia nella maggior parte dei paesi di diritto scritto.

Digitized by Google

Nei paesi retti dalle consuetudini si è conservato l'antico principio della proibizione assoluta di ogni donazione fra marito e moglie durante il matrimonio, a meno che la donazione non fosse reciproca in profitto del superstite; nulladimeno questa specie di donazione era, in quanto alle specie e quantità di beni che poteva comprendere, più o meno limitata.

Questi limiti nella maggior parte delle consuetudini sono stati più ristretti nel caso in cui all'epoca dello scioglimento del matrimonio esistevano de'figli, che quando non ve n'erano.

Modificandosi in tal guisa la proibizione assoluta, risultava che la condizione di reciprocanza o di sopravvivenza allontanava ogn'intenziona odiosa di uno dei coniugi di arricchirsi a spese dell'altro; e che i limiti, ne'quali queste donazioni venivano ristrette, conservavano i beni di ciascuna famiglia.

Si è preso in questi due sistemi ciò che è più convenevole alla dignità dei matrimoni, all'interesse reciproco dei coniugi, e a quello dei figli.

Sarà permesso allo sposo di dare all'altro sposo, sia col contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio, nel caso che non lasciasse prole, tutto ciò ch'ei potrebbe dare ad uno estraneo, ed inoltre l'usufrutto della totalità della porzione di cui la legge proibisce di disporre in pregiudizio degli eredi diretti.

Se egli lascia dei figli, queste donazioni non potranno comprendere, che il quarto di tutti i beni in proprietà e l'altro quarto in usufrutto o solamente la metà di tutti i beni in usufrutto.

Tutte le donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio, quantunque qualificate come tra vivi, saranno sempre rivocabili, e la moglie non avrà bisogno, per esercitar questo diritto, dell'autorizzazione di suo marito, nè del giudice.

Questa legge dando la facoltà di disporre, anche a profitto di un estraneo, di tutti quei beni che non sono riserbati agli eredi in linea retta, non sarebbe stato giusto che un coniuge fosse privato della stessa libertà relativamente all'altro coniuge durante il matrimonio. Tale è l'effetto dell'intima unione coniugale che, senza spezzare i nodi del sangue, la loro sollecitudine ed il loro affetto si porti piuttosto su colui che sopravviverà, anzichè su i parenti che debbongli succedere. Si è dunque seguito anche il corso degli affetti decidendo che i coniugi, non lasciando figli, potrebbero darsi l'usufrutto della totalità della porzione dei beni disponibili.

Se uno dei coniugi lascia dei figli, il suo affetto si divide tra essi e l'altro coniuge sopravvivente, anche quando sarà sicuro che questi farà della totalità del suo patrimonio l'impiego più utile ai figli. I doveri di paternità sono personali, e'l coniuge donnate vi mancherebbe se li confidasse all'altro: egli non potrà dunque essere autorizzato a lasciare all'altro coniuge che una parte del suo patrimonio; e questa quota è limitata ad un quarto di tutt' i suoi beni in proprietà, ed un altro quarto in usufrutto, o alla metà della totalità in usufrutto.

88. Dopo di avere in tal modo limitata la facoltà di disporre, non rimaneva che prevenire gl'inconvenienti, che possono risultare dalle donazioni fatte tra coniugi, durante il matrimonio.

La precauzione ammessa nella legislazione romana è sembrata preferibile. Non si potrà più dubitare che le donazioni non siano l'effetto di un consenso libero, e che non bisogna attribuirle nè alla subordinazione, nè ad un affetto momentaneo o inconsiderato, quando la moglie non avrà bisogno, per tale rivocazione, di verun'autorizzazione: quando per rendere questa rivoca più libera, e perchè non si possa prendere argomento dalla indivisibilità delle disposizioni dello stesso atto, è stato disposto che i coniugi non potranno durante il matrimonio farsi con un solo e medesimo atto veruna reciproca donazione.

89 In ogni modo si è sempre mantenuta la saggia disposizione, la quale dev'essere meno attribuita allo sfavore delle seconde nozze, che all'obbligo in cui sono i genitori di non mancare in riguardo ai figli, allora quando formano nuovi legami, ai doveri della paternità. È stato stabilito che in questo caso le donazioni in profitto del nuovo coniuge non potranno eccedere la parte di un figlio legittimo il quale prenderà il meno, e che, in nessun caso, queste donazioni potranno oltrepassare il quarto dei beni: non è stato punto giudicato necessario di portar più in là queste precauzioni.

90 Tali sono, o legislatori, i motivi di questo importante titolo del codice civile. Voi avete veduto con quanta sollecitudine si è cercato di mantenervi quella libertà così cara, soprattutto nell'esercizio del dritto di proprietà, che se una parte dei beni è riserbata dalla legge, questa è in favore dei parenti da così stretti legami uniti, ed in tali proporzioni che è impossibile di presumere che la volontà dei capi di famiglia sia a ciò contraria: ch'essi sono d'altronde gli arbitri supremi della sorte dei loro eredi, che la loro potestà sarà rispettata, e ricercato il loro affetto, che essi godranno della più dolce consolazione, distribuendo ai loro figliuoli, in una maniera che essi terranno come la più convenevole alla felicità di quelli, i beni che sono assai spesso il prodotto dei loro lavori: ch'essi potranno eziandio allargare questa benefattrice autorità fino ad una futura generazione, trasmettendo ai loro nipoti, ed ai figli dei fratelli o delle sorelle una parte suf-

Digitized by Google

ficiente di beni, e preservarli così dalla ruina, a cui li sporrebbe il cattivo governo dei padri, o la natura della loro professione. Voi avete veduto con quanta cura si è conservato il favore dovuto ai contratti di matrimonio, e che la libertà dei coniugi di disporre fra loro sarà più perfetta, e ch'essi saranno sopra un tal punto più indipendenti l'uno dall'altro: le quali cose dovranno contribuire a mantener fra loro l'armonia ed il rispetto.

Finalmente voi avete veduto che per tatto si è cercato di rendere le forme semplici e sicure, e di far cessare quella moltitudine di controversie che ruinano le famiglie e lasciano quasi sempre il testatore nell'affliggente incertezza dell'esecuzione della sua volontà.

Questo è l'ultimo titolo, che quanto prima sarà presentato in questa sessione. Possa la pubblica opinione sanzionare questi primi sforzi del governo per procurare alla Francia un codice atto a rigenerare i costumi, a conservare le proprietà, a ristabilire l'ordine, a fare la felicità di ogni famiglia, ed in ciascuna famiglia la felicità di tutti quelli che la compongono.

III.

Rapporto fatto al tribunato dal sig. JOUBERT, *nella sessione del 9 fiorile anno XI* (29 aprile 1803).

1. Tribuni, la più eminente prerogativa della proprietà è il diritto di trasmetterla volontariamente a titolo gratuito.

Quale oggetto potrebbe essere di una più grande importanza fra tutti i cittadini.

Ciascuno ha delle facoltà e delle speranze.

Tutti desiderano poter esercitare la loro benevolenza verso quelli che sono l'oggetto della loro tenerezza.

Nessuno è estraneo a quest'orgoglio congiunto alla potestà che gli uomini hanno voluto assicurarsi sulle loro proprietà, sommettendosi per le loro persone alla pubblica potestà.

La materia delle disposizioni a titolo gratuito è quella che ha più occupati i legislatori di tutti paesi: in effetti il diritto civile di ciascun popolo è quello che deve regolare questa trasmissione, poichè, la proprietà reale cessando coll'uomo, l'esecuzione della di lui volontà non può essere garantita, che mediante la protezione della società.

Una gran parte della Francia avea profittato della teoria dei Romani: l'altra parte avea le sue consuetudini.

Ma sia in paese di diritto scritto, sia di diritto consuetudinario, vi era una giurisprudenza interpetrativa.

Ancora nello stesso paese, e qualche volta nello stesso tribunale, la giurisprudenza non era sempre uniforme.

Le tre grandi ordinanze del cancelliere *d'Aguesseau* sulle donazioni, i testamenti e le sostituzioni, aveano tronche delle grandi difficoltà: ma i lumi ed il zelo di questo grand'uomo non avevano potuto rimediare che a una parte del male.

Oltre gli ostacoli risultanti da'la natura del governo, non era allora permesso di sperare che qualche parte della nazione rinunciasse alle sue leggi.

Uno sforzo generale potea solamente abbattere tanti e così grandi ostacoli.

Oggi la nazione non ha che una sola volontà.

Se nessuno di noi può obbliare i paesi, la cui confidenza gli ha preparata l'entrata in questo recinto, sa almeno che non sono degli usi particolari, cui egli è incaricato di difendere.

Sicchè dobbiamo noi annunziarvi, o tribuni, il progetto di legge, di cui la vostra sezione di legislazione mi ha imposto di rendervi conto: se egli è destinato a divenir il patrimonio comune, non potrà giammai essere considerato come il trionfo di una parte della Francia sull'altra.

2. *Disegno del progetto di legge.*

L'ordinanza del progetto comprende tutta la materia delle disposizioni tra vivi e testamentarie.

Esso presenta innanzi tratto delle generali considerazioni sulla capacità di disporre e di ricevere.

Tutti Francesi, che hanno il libero esercizio dei diritti civili, possono usare del dritto di disporre, ma non tutti possono esercitarlo con uguale latitudine.

Le stesse regole non possono essere comuni e all'individuo che ha la felicità di avere dei figli, e a quello che, non avendone, gode ancora della esistenza di suo padre o di sua madre o d'altri ascendenti, e finalmente a quello che non lascia nè discendenti, nè ascendenti.

Il progetto di legge determina le differenti riserbe secondo la qualità, l'ordine ed il numero delle persone.

Se la disposizione è eccessiva, la legge stabilisce le regole, secondo le quali l'equilibrio dovrà essere ristabilito.

Dopo di aver abbracciato, quasi collo stesso colpo d'occhio, le disposizioni tra vivi e le testamentarie, il progetto prende in considerazione le formole e gli effetti particolari delle une e delle altre.

L'uomo dispone della totalità dei suoi beni o solamente di una parte di essi, o infine di una cosa determinata. Ciascuna di queste disposizioni è sottoposta a regole.

Il carattere distintivo delle disposizioni tra vivi è l'irrevocabilità.

Tuttavia questa regola deve avere delle eccezioni.

E ve ne sono di quelle che vengono reclamate dalla morale, ed altre volute dall' interesse della stessa società.

Le disposizioni testamentarie sono essenzialmente rivocabili: il modo di rivocazione sarà soggetto a regole.

Era importante di prevedere il caso in cui gli eredi della volontà si trovassero in concorso con quelli della legge. Il progetto determina i loro dritti e le loro obbligazioni.

Queste considerazioni non vi annunziano, o tribuni, che delle regole generali ed uniformi.

Ma non temete che il progetto si taccia sulle prerogative che certe disposizioni debbono avere dalla legge e per l' interesse dei pubblici costumi e per quello delle unioni legittime.

Il progetto si occupa delle divisioni che il padre di famiglia vuole egli medesimo eseguire, delle disposizioni permesse in favore dei figliuoli e dei nipoti. Esso si occupa eziandio delle disposizioni in favore del matrimonio.

Tutte le parti del progetto hanno ottenuto l'assenso della vostra sezione di legislazione, la quale vi dà conto de'suoi motivi.

3. *Regole generali.*

4. Si potrà disporre dei propri beni a titolo gratuito, ma ciò non potrà essere che per donazione tra vivi o per testamento (*Art.* 893). La distinzione delle disposizioni di ultima volontà in testamenti, codicilli o donazioni a causa di morte, non esisterà più: non si conoscerà che una sola specie di disposizione di ultima volontà, e si chiamerà *testamento.*

5. Perchè una disposizione a titolo gratuito sia valevole, la trasmissione deve operarsi direttamente e immediatamente da parte dell'autore della liberalità in favore di quello che ne sarà l'oggetto. Le sostituzioni erano di già riprovate fin dal 1792; esse saranno proibite per sempre. Così voleano l'interesse del commercio, quello dell'agricoltura ed il bisogno di chiudere una troppo larga sorgente di litigi (*Art.* 896).

Nulladimeno bisogna bene intendere ciò che era conosciuto, nell'antico dritto, sotto il nome di *fedecommesso.* Io do o lego la mia casa a Pietro col peso di restituirla a Giovanni. Questa disposizione sarà nulla, anche in favore di Pietro.

Ma sarebbe diversamente se io non facessi che prevedere il caso, in cui Pietro non raccoglierà egli stesso l'effetto della mia liberalità o perchè io gli sopravvivessi, o perchè ei fosse incapace di riceverla, o finalmente perchè ei non volesse accettarla: la mia disposizione: in questi diversi casi io posso chiamar Giovanni (*Art.* 898).

Questa disposizione era non volta conosciuta sotto il nome di *sostituzione volgare*: essa sarà autorizzata e con ragione, giacchè per questa trasmissione non vi sono intermediari fra l'autore della disposizione e l'individuo che n'è l'oggetto.

Per conseguenza dello stesso principio deve essere permesso di dare ad uno l'usufrutto e ad un altro la nuda proprietà (*Art.* 899).

6. In materia di disposizione di beni, non vi possono essere altre facoltà, fuor che quelle definite dalla legge. Così il progetto non dicendo nulla sull'antica facoltà di scegliere, il silenzio della legge, basta per avvertire che questa facoltà non può essere più conferita.

Felice proibizione! quanti piati prevenuti, quanti atti immorali risparmiati ad un gran numero di quelli, cui avrebbe potuto importare l'esercizio di questa facoltà!

7. L'uomo può dunque disporre, purchè lo faccia o per donazione tra vivi o per testamento, e che si tratti di una trasmissione diretta ed immediata.

Egli può disporre puramente e semplicemente.

Se si trovano nell'atto condizioni impossibili per la natura delle cose, o se vi sono delle condizioni contrarie alle leggi o ai buoni costumi, le condizioni di tale specie saranno riputate non scritte, e l'atto sarà mantenuto, di qualunque natura sia, o donazione o testamento (*Art.* 900).

8. *Della capacità.*

Dopo le regole generali il progetto si occupa della capacità.

9. Per fare una donazione tra vivi o un testamento, bisogna essere *sano di mente* (*art.* 901).

Questo articolo ha in sulle prime prodotto qualche maraviglia. Non bisogna esser sano di mente per tutti gli atti? Se dicesi questo particolarmente per le disposizioni a titolo gratuito, non bisognerà allora stabilire questo principio? Quale sarà la pruova ammessa?

Nulladimeno l'articolo è stato approvato.

La libertà dello spirito e la piennezza del giudizio sono più che in ogni altro atto necessarie nelle disposizioni a titolo gratuito.

Il più delle volte l'uomo non dispone, massime per testamento, che ne' suoi ultimi momenti. Allora quali pericoli pel malato, quante insidie da parte di quelli che lo circondano!

La legge sulla interdizione ha provveduto al caso della demenza. Se la demenza è stata riconosciuta in giudizio, e se l'atto reca esso stesso la pruova della demenza, esso è nullo: (*articoli* 502 e 504 del libro I titolo XI).

Ma la demenza è un'abituale privazione della ragione. Si può non esser sano di mente, e

Digitized by Google

non esser privo della ragione ohe momentaneameate.

Un individuo non interdetto può aver fatto un atto che presenta tutte le apparenze della libertà, mentre ch'egli nulladimeno trovavasi in circostanze talmente critiche per la sua intelligenza o per la sua volontà, che sarebbe impossibile di restar persuaso ch'egli avesse avuta l'intiera libertà del suo spirito. Per esempio, se un uomo avaro ha profittato di un momento, in cui l'infermo era in delirio per fargli fare delle disposizioni, dovrebbe egli godere del frutto delle sue insidie?

Il notaio ed i testimoni saranno certamente dei fedeli invigilatori: i notai massimamente deluderebbero il voto della legge e renderebbonsi colpevoli di una grande prevaricazione, se non cominciassero dallo assicurarsi del buono stato di mente dei disponenti: ed è probabile che, quantunque la legge non l'ordini, eglino continueranno a scrivere in tutt' i loro atti, che il disponente è sembrato loro sano di mente ed in piena conoscenza.

Ma in ogni modo il notaio e i testimoni non sono i giudici di questo atto.

Era tanto più importante di non omettere la regola *sano di mente*, che la legge non stabilisce verun'epoca di sopravvivenza, neanche per le donazioni tra vivi. La forma dell' atto ne determina la natura; a qualunque epoca della vita sia fatto, e fosse anche al momento che precede la morte, l'atto conserva il suo carattere e produce il suo effetto.

Quale sarà in tal caso il modo di pruova? È impossibile che la legge stabilisca delle regole fisse e positive in una materia in cui tutto dipende dalle circostanze, le quali variano all'infinito. La legge non può che lasciare l' esecuzione in arbitrio dei tribunali.

Tuttavia i giudici sapranno quanto è pericoloso di ammettere indiscretamente de' reclami contro gli atti, la cui esecuzione è il primo voto della legge, ed eglino non mancheranno di premunirsi contro i tentativi dell'interesse personale. In una parola essi non ammetteranno un tal mezzo che allora quando circostanze decisive e perentorie loro daranno un convincimento morale e legale, che il disponente non era sano di spirito.

10. Tutte le persone possono disporre e ricevere, sia per donazione tra vivi, sia per testamento.

Questo principio si applica a tutti quelli che hanno il godimento dei loro diritti civili.

L'incapacità è un accidente. Non vi sarà dunque altra incapacità, fuori di quella, che viene espressamente determinata dalla legge (*art.* 902).

11. Incapacità assoluta di disporre.

1.° I minori che hanno meno di sedici anni (*art.* 903).

2.° Gl'interdetti... Il titolo *della maggiore età e della interdizione* vi avea di già proveduto: esso non fa eccezione pei lucidi intervalli: perciò non sarà punto permesso di distinguerli. Esso dichiara nulli gli atti che fossero fatti posteriormente all' interdizione. Gli atti anteriori, come anche i testamenti, debbono dunque produrre il loro effetto (*art.* 503 libro 1. tit. XI), a meno che la causa della interdizione non esistesse notoriamente all'epoca in cui furon fatti questi atti.

12. Incapacità relativa di disporre.

1.° Il minore a sedici anni non può disporre per donazione, giacchè non può alienare. Egli potrà disporre per testamento, ma solo della metà di cui può disporre un maggiore: saggia limitazione che concilia l'esercizio della facoltà, cui non potevasi inceppare per più lungo tempo, coi giusti timori inspirati dalla possibilità della seduzione (*art.* 904).

Per l'avvenire non vi sarà distinzione sulla capacità di disporre tra i minori emancipati e quelli che non lo sono.

Se il minore muoia prima del suo diciottesimo anno, che cosa diverrà il godimento accordato ai genitori fino all'età di diciotto anni dal titolo *della patria potestà*? Questo godimento finirà per la morte del figlio, la quale darà luogo ad un altr' ordine di cose: i genitori succederanno ad una parte della proprietà.

13. 2.° Le donne maritate possono disporre per testamento, ma esse non possono donare fra vivi senza essere autorizzate o dal marito o dal giudice, sieno o pur no in comunione di beni, o separate di beni, sia direttamente in giudizio, sia in conseguenza della separazione personale (*art.* 905). Questo principio era già stabilito nel titolo *del matrimonio*. Le donne forse si quereleranno di questo impedimento? Se gli uni dicono loro che la legge ha diffidato del loro giudizio, e che non deve esser loro permesso di affievolire la dipendenza nella quale son poste dal matrimonio, gli altri loro diranno ohe era necessario di garantirle dalla loro propria sensibilità.

14. Incapacità di ricevere.... Incapacità assoluta.

1.° L'essere che non fosse esistito al momento della donazione o all'epoca della morte del testatore.

Basta però che l' essere sia concepito, perciocchè quello che è nel seno della madre è riputato nato sempre che si tratta del di lui vantaggio. Nulladimeno bisogna che nasca vitale: altrimenti sarà tenuto come non fosse giammai esistito (*art.* 906).

2.° Il tutore... anche dopo la maggiore età, a meno che il conto definitivo della tutela non fosse stato renduto e liquidato, quantunque non fosse stato ancora pagato il residuo, o a meno che il tutore non fosse ascendente del minore (*art.* 907).

15. Incapacità relativa di ricevere.

1.° I figli naturali... essi non possono giammai ricevere oltre di quello che vien loro accordato nel titolo *delle successioni*. Pel di più, essi saranno sempre esclusi fin che vi saranno parenti in grado successibile (*art.* 908).

È per onorare ed incoraggiare i matrimoni, che i figli naturali non debbon avere le stesse prerogative dei figli legittimi.

16. — In quanto agli adulterini o incestuosi, nei casi rari e straordinarj in cui potranno essere scoperti in conseguenza o della nullità di un matrimonio, o di un rifiuto da parte del padre, o di un riconoscimento illegale, essi non potranno ricevere che gli alimenti, (*articolo* 762 *del codice* nl titolo *delle successioni*.

17. — 2.° L' incapacità per ragione della professione era stata un tempo la materia di grandi litigi, e l' oggetto di parecchi reclami.

Tutti gl' inconvenienti non potrebbero essere evitati.

Ciò che il legislatore può fare in un punto così difficile, si è di vegliare in una maniera particolare sulle disposizioni che saranno fatte da un individuo malato d'una di cui infermità muore, in favore delle persone, le quali si presume che abbiano potuto avere impero sul di lui spirito. Ecco perchè il progetto ammette delle restrizioni in riguardo a quelli che, durante il corso della malattia, avessero somministrato all' infermo i soccorsi dell'arte e le consolazioni della religione (*art.* 909).

Egli è grave senza dubbio, il dover istabilire delle regole generali, che riguardano la professioni, che noi siamo avvezzi a vedere esercitata da uomini disinteressati e generosi : ma questi non debbonsi querelare delle precauzioni prese dalla legge, la quale non può fare distinzione fra gl' individui.

Sarà superfluo il notare come la legge comprende per necessaria conseguenza tutti quelli che, sforniti di un titolo legale, s' ingerissero nelle funzioni dell' arte di guarire.

18. — 3.° Gli ospizi, i poveri di un comune, gli stabilimenti di pubblica utilità, non potranno ricevere che in virtù di un' autorizzazione del governo (*art.* 910) ; lo zelo e la pietà non debbono eccedere i limiti. L' interesse della società, e quello delle famiglie esigono questa limitazione, la quale del resto sarà più saggia del famoso editto del 1749, in cui non si trovavano disposizioni ristrittive, che sugl' immobili.

19. — 4.° Gli stranieri... non si potrà disporre in profitto di uno straniero, che nel caso in cui questo potrebbe disporre a favore di un Francese (*art.* 912). Questo non è che la conseguenza del principio di reciprocanze conservato nel titolo *del godimento e della privazione dei diritti civili*, (*art.* 11 del titolo *del godimento*, ec.).

20. — Non bastava indicare gl' incapaci, ma bisognava eziandio provvedere affinchè le proibizione della legge non venissa delusa.

Per queste ragione ella ha compreso nella nullità gli atti, che avessero l'apparenza di un contratto oneroso, ma che non contenessero in verità che una donazione a profitto di un incapace : spettera ai giudici di squarciare il velo.

Per la stessa ragione la legge dovea dichiarare che l'interposizione delle persone non potrebbe far sussistere la donazione : « saranno stimata persone interposta i genitori, i figli a i discendenti, ed il coniuge della persona incapace ».

Saranno stimata... vale e dire che allora la nullità della disposizione dovrà essere pronunciata senza che gli eredi abbiano bisogno di fare verun' altra pruova : questa presunzione legale non potrebbe essere abbattuta che da prova positive dirette ed irricusabili (*art.* 911).

21. — Ognuno può dare o ricevere, sia per donazione tra vivi, sia per testamento, purchè non sia impedito dalla legge.

22. *Della porzione de' beni disponibili.*

Ma di che si potrà disporre ?

23. — Questa tribuna ha già echeggiato di tutto ciò che la ragione, la natura, la giustizie ed il sentimento potevano ispirare su questa importante materia.

Voi otteneste un gran trionfo, o tribuni, quando conquistaste la legge del 4 germinale anno VIII.

Fu allora solennamente riconosciuto per principio, che doveva essere permesso ai genitori di disporre di una parte dei loro beni, anche in favore di un figlio solo.

Avrò io bisogno di rammentare i principî generali ?

Se i figli di uno stesso padre hanno tutti un ugual diritto al suo affetto, l' autorità paterna deve ancore poter distribuire delle ricompense. La differenza tra i bisogni ed i mezzi dei figli richiede che il padre di famiglia abbia un potere sufficiente a rettificare le inaguaglienze della natura.

Finalmente bisogna che la nostre legislazione metta qualche confidenze nel sentimento, il più sicuro di tutti, quello cioè dell' affetto paterno.

Ricordiamoci che non v' era quasi nessun paese in Francia, in cui il padre non potesse vantaggiare un figlio, anche in quella porzione di beni, che chiamansi propri.

Alcuni partigiani della consuetudine di Parigi, i quali credono che il diritto scritto avee stabilito il dispotismo nelle famiglie, parlano con entusiasmo degli usi antichi del loro paese.

Ebbene, anche a Parigi, il padre poteva ridurre i figli ad una legittima : esso potea disporre delle metà di tutto il suo patrimonio,

qnelunque fosse il numero dei suoi figli: e questa metà potea darla ad un solo, non esclusa la metà dei beni proprl, se ciò fosse stato per donazione tra vivi.

Non vi era dunque altra differensa fra la maggior parte dei paesi consuetudioari e quelli di dritto scritto, che nella quota disponibile. Quasi dapertutto si conosceva ch' era giusto di lesciare al padre i mezzi di ritenere presso di lui un figlio per consolare la sua vecchiezza.

L' emulazione iepirava agli altri delle idee d' indnstria: tutto ciò aveva il suo vantaggio.

Più i patrimonl sono limitati, più quecte considerazioni sono forti.

Il lavoratore che non ha se non i suoi strumenti d' agricolture; l' artigiano della città che non ha se non un meschino mobiglio, il proprietario di fondi che non ha altro terreno se non quello che può coltivare egli stesso; tutti questi uomini sarebbero minacciati di un abbandono assoluto, se la legge non permettesse loro di favorire un figlio. Il figlin, cho prende la più gran porzione del patrimonio che egli aveva lungo tem; o amministrato per l'interesse comune, ha spesse volte minori mezzi di quello, che è ito lungi dal tetto paterno a far valere la sua propria industria. Non vi può essere dunque difficoltà in questa materia, che sulla quota disponibile: il progetto ci è sembrato tenere un giusto mezzo.

« Le liberalità, sia per atto tra vivi che per testamento, non potranno oltrepassare la metà de' beni del disponente, se egli non lascia alla sua morte che un figlio legittimo, il terzo, se lascia due figli, il quarto, se ne lescia tre o più (*art.* 915). »

24. In mancanza di figli, gli ascendenti che succedessero conformemente al titolo *delle successioni*, potrebbero esser esclusi da una disposizione?

Sarebbe molto infelice colni, che avesse bisogno di essere costretto dalla legge a lasciare agli autori de' suoi giorni degli attestati della sua pietà filiale.

Ma se un figlio si fosse lasciato dominare da tale eccesso d' ingratitudine, da sconoscere la sua obbligasione naturale e civile, o se, non prevedendo l' inversione del corso ordinario della natura, avesse disposto di tutt'i suoi beni, la legge veglia per gli ascendenti: essa stabilisce per essi una riserva, la quale è del quarto per ciascuna linea (*art.* 915).

Bisogna notar bene che il progetto non parla se non degli ascendenti, che sarebbero succeduti nell' ordine legittimo. Se dunque si trattasse dell' avo, e vi fossero de' fratelli o sorelle o discendenti di questi, in questo caso l'avo non succedendo per ordine legittimo, non vi sarebbe più riserva per lui, e tutto sarebbe disponibile.

25. Colui che non lascia ascendenti nè discendenti, avrà egli la illimitata facoltà di disporre della totalità de'suoi beni, sia per donazione tra vivi, sia per testamento?

Noi abbiam detto che la facoltà di trasmettere è puramente di dritto civile.

Si potrebbe trovare qualche differenza fra la trasmissione per atto tre vivi, e la trasmissione per testamento.

Colui che si spoglia attualmente sembra in certa maniera usare di un dritto più esteso di colui che non dispone, se non per un tempo in cui non sarà più.

Ma questa differensa è troppo leggiera, e noi amiamo meglio convenire che l' uomo in società non può avere che dalla società il dritto di trasmettere i suoi beni a titolo gratuito, anche per donazione tra vivi.

Ciò che dobbiemo esaminare si è, se sia o pur no conforme ella natura del nostro governo, ai nostri costumi, al carattere nazionale, ai veri interessi delle famiglie, che colui, il quale non ha figli nè ascendenti, sia il padro. ne assoluto di disporre di ciò che vuo'e, o se debba essere stabilita una riserva pe'collaterali.

Ora è sembrato alla vostra sezione che la facoltà illimitata non lèda punto l' interesse nazionale. Presso di una potente nazione, le grandi masse di proprietà possono trovarsi senza inconvenienti nelle mani di un solo.

La stessa agricoltura non può ottenere il suo più grande sviluppo, che dai lavori dei grandi proprietarl.

La libertà illimitata di disporre piace all' uomo.

Nessun dritto è meglio appropriato alla sua dignità;

Nessuno può evitare di vantaggio la sua emulazione.

Le idee erano talmente migliorate su questo punto; le catene create dalla legge del 17 nevoso erano divenute così pesanti, che non si difendeva più il sistema generalmente restrittivo; solo si reclamava una eccezione.

E questa era in favore dei fratelli e sorelle.

Il legame che stringe due fratelli è si stretto!

È tanto interessante di non indebolirlo.

È tanto utile il conservare lo spirito di famiglia!

Quanto sarebbe male il vedere degli estranei chiamati a raccogliere un intero patrimonio, di cui una parte fosse sommamente necessaria per la sussistense di un fratello indigente!

Oltre di che, per ottenere questa riserva in favore de' fratelli e sorelle, si sarebbe conceduto a distinguerli dai nipoti, si sarebbe consentito che la riserva non potesse esercitarsi che sulla sua successione, e che le donazioni tra vivi fossero sempre rispettate.

Queste idee dovcano naturalmente trovare un favorevole accoglimento presso dei cuori generosi.

Ma pure alcune considerazioni di un ordine superiore han dovuto vincere.

E primamente, risalendo all'origine del dritto di legittima o di riserva, ognuno è forzato a convenire che non vi sono rapporti sacri se non fra i figli e i loro ascendenti.

I figli sono tutti della stessa famiglia rispettivamente al padre; ma ciascun di essi forma poi una famiglia particolare.

Esaminiamo ancora qual cosa può meglio conservare il legame di famiglia.

Un dritto acquisito può soffocare o respingere il sentimento.

Nel sistema della libertà illimitata, il dovere sarà unito all' interesse.

Non è egli giusto che l'uomo sia sicuro di avere dei riguardi da parte di quelli che sono destinati a succedergli?

Consultiamo la sperienza: quelli che sono sicuri di un dritto indipendente dalla volontà, si dispensano spesso da ogni tratto di urbanità verso di un uomo, in cui essi veggono piuttosto il debitore che il benefattore. Che tutto sia dovuto alla benevolenza, e la benevolenza meriterà tutto.

Si è detto che la vecchiezza sarà assediata, e qualche volta sedotta; ma sarà almeno sempre consolata e non mai abbandonata.

E chi di noi può ignorare ciascun uomo, che non ha figli, cerca soventi volte gli eredi nella sua propria famiglia; che fin dall' autunno della vita, ei, senza negligere i fratelli e le sorelle, getta gli sguardi sopra i figli di un fratello o di una sorella per farne l'onore e l'appoggio della sua vecchiezza!

Il desiderio più naturale all' uomo è di sopravvivere a lui medesimo, e lasciare delle rimembranze del suo nome e delle sue fatiche.

Quindi non fra gli estranei egli cerca i suoi successori; e laddove questo può succedere taluna volta, il legislatore non deve badare a queste rare eccezioni, che possono ancora essere legittime.

La legge non accorderà la illimitata facoltà di disporre in linea collaterale, perchè le famiglie fossero spogliate; non è questo il suo scopo, nè il suo voto.

È forse per i spogliare i figli, che la legge lascia al padre una quota disponibile?

La legge, che giudica il cuore umano, vuole che il rispetto, l'affezione ed i riguardi degli eredi presuntivi, facessero obbliare al parente proprietario che egli ha il diritto di favorire qualche estraneo.

I partigiani della restrizione non potevano disconvenire che almeno non si potrebbe inceppare la disposizione tra vivi, che era libera anche pe' beni propri.

Non potevano disconvenire nemmeno che i collaterali non potessero attaccare nessun atto di alienazione, sia con riserva d'usufrutto, sia col peso di rendita vitalizia.

Eglino non intendevano dunque di restringere che la facoltà di testare.

Ma che accaderebbe? Voi mettereste l' uomo in lotta con sè stesso: ei vorrebbe sempre disporre de' suoi beni; voi lo forzereste ad indiscrete transazioni, voi l' obbligherestе a rifugiarsi nei godimenti vitalizi, ovvero voi gl'imporreste la legge di fare delle donazioni tra vivi di cui potrebbe poi pentirsi: finalmente voi dareste luogo a molti piati in ogni successione.

Lasciate dunque, lasciate una libertà assoluta, fate che l' uomo che fatica sappia ch'egli potrà disporre del suo avere; che l' uomo il quale si à procurato delle facoltà, sia assicurato di trovare delle consolazioni; che l' uomo che conosce il valore del sentimento non tema di esser avvicinato soltanto dall' interesse: che chi vuole succedere sappia meritarlo: lasciate un libero corso agli affetti. Che l' uomo fin che vive possa fare le transazioni che gli convengono; che non abbia innanzi agli occhi un erede necessario, che gli rimproveri la lunghezza di sua vita: che non sia in vita esposto a fare degli atti simulati o temerari: che dopo la sua morte non si vegga una scandalosa lotta tra lo erede della legge e quello della volontà: in una parola, che un testamento possa regolar tutto, *Dicat testator, et erit lex*, parole a noi trasmesse dai primi legislatori del popolo re, e che ci ricordano tutta la nostra dignità.

Ecco, tribuni, il compendio dei motivi, che hanno determinata l' opinione di tutt' i membri della vostra sezione di legislazione a favore della libertà illimitata in linea collaterale, che è una delle basi del progetto, e che produrrà al governo nuove benedizioni da parte del popolo francese (*articolo* 916).

Della riduzione.

26. La limitazione non avrà dunque luogo che nei casi, in cui l' autore della disposizione lasci degli ascendenti o dei discendenti.

La legge stabilisce una riserva per essi, tutto il resto è disponibile.

La quota disponibile può essere lasciata o ad un estraneo, o ad uno dei successibili (*art.* 919).

Le disposizioni in favore di un successibile sono in generale soggette a collazione per ciò che eccede la quota disponibile.

La disposizione è dispensata dalla collazione quando à stata fatta espressamente a titolo di antiparte o di prelegato (*art.* 919).

Se i termini non sono sacramentali, almeno non dee restar dubbio veruno sulla volontà.

Questa volontà deve leggersi nella stessa disposizione: essa può essere dichiarata ancora in un atto posteriore, purchè abbia la forma di una disposizione (*art.* 919).

27. Bisognava bene prevedere il caso di eccesso nelle disposizioni, sia perchè l' uomo potrebbe non rimanersi nei limiti della legge,

Digitized by Google

sia perchè può dopo la disposizione sopravvenire un numero maggiore di eredi necessari. Lo stato delle cose non può regolarsi che all'apertura della successione, (*art.* 920); nessuno ha il dritto di opporsi alle disposizioni di una persona vivente.

28. Una persona ha disposto... essa lascia discendenti, o ascendenti... Si calcola l'ammontare netto dei beni di cui non ha disposto... Vi si aggiunga il valore di ciò che ha disposto... Se la riserva non si trova nella successione, la disposizione non è mai annullata pel tutto. Non avranno più luogo le vecchie regole della preterizione, ma si farà solo una riduzione (*art.* 922).

29. Se vi sono disposizioni testamentarie e disposizioni tra vivi, la riduzione si opera prima sulle disposizioni testamentaria (*art.* 923).

Tutte le disposizioni testamentarie si riducono proporzionalmente e senza distinzione fra i legati universali ed i legati particolari, a meno che il testatore non abbia indicato egli stesso l'ordine della riduzione (*art.* 926 e 927). Non si udrà più a parlare di falcidia.

Se le disposizioni testamentaria sono esaurite, si opera la riduzione sulle donazioni tra vivi, incominciando sempre dall'ultima, e così salendo successivamente: il rispetto verso i dritti acquisiti tanto richiede (*art* 923).

30. Gli oggetti donati o sono ancora nelle mani del donatario, o pure gli ha alienati. Nel primo caso, egli rimette in natura l'eccedente della quota disponibile, a meno che non si tratti di un erede necessario, a cha la successione contenga dei beni della stessa natura. In quest' ultimo caso, egli ritiene sopra i beni donati il valore della porzione che gli spetta nei beni non disponibili (*art.* 924, *vedi* ancora l'articolo 866 del codice al titolo *delle successioni*).

Che se poi il donatario li ha alienati, allora gli eredi possono agire primamente sopra i di lui beni personali; ma se quest' azione riesce inutile o insufficiente, essi potranno agire contro i terzi possessori (*art.* 929 e 930).

Di che si lagneranno i terzi?

Non debbono forse imputare a sè stessi l'avvenimento di una evizione, cha essi avrebbero dovuto prevedere, ed a cui si sono volontariamente esposti?

31. Parrebbe superfluo il decidere da chi solamente la riduzione possa essere dimandata.

Assai bene risulta dalla natura delle cose che essa non potrà giammai esserlo, se non da quelli in cui profitto la legge fa la riserva (*art* 924). Ora ella non ha fatto riserve che pe' figli legittimi, e per gli ascendenti (*art.* 913, 915 e 916).

32. I figli naturali dunque non potrebbero ancora essi reclamare la riduzione delle donazioni tra vivi? Giammai.

La legge stabilisce la riserva per i figli legittimi, *qui de uno dicit, de altero negat.*

In verità, il titolo *delle successioni* vuole cha il dritto del figlio naturale su i beni dei suoi genitori morti sia di una quota, la quale varia secondo la qualità degli eredi presuntivi (*art.* 757 *del codice* al titolo *delle successioni*).

Ma questo dritto non si riferisce che alla successione.

I figli naturali non possono dunque esercitarlo che sulla successione *tal quale è*. Ora i beni donati non sono nella successione.

La riduzione potrà essere reclamata da tutti gli aventi-causa di quelli in cui profitto la legge ha fatta la riserva (*art.* 921).

33. I donatari posteriori ed i legatari non possono turbare i possessori che hanno un titolo anteriore (*art.* 921).

34. Che cosa dire dei creditori posteriori del defunto? Sarebbero essi ammessi a reclamare la riduzione per diritto proprio? i beni donati erano fuori del patrimonio del loro debitore quando eglino hanno contrattato con lui; essi non possono dunque esercitare nessun reclamo contro i detentori di questi stessi beni. (*art.* 921).

35. Ma se la riduziona è esercitata da quelli, in cui profitto la legge stabilisce la riserva, questi ultimi saranno tenuti di pagare i debiti posteriori alla donazione? No; essi non vengono come eredi, ma si considerano unicamente come condonatari. Ed in tal caso, per una bella finzione, la legge facendo ciò che la natura sola avrebbe dovuto ispirare, suppone cha con lo stesso atto, l'autore della disposizione fosse stato giusto verso tutti quelli che aveano dritto alla sua tenerezza.

I creditori non han dritto che sulla successione; essi non possono esercitare che le azioni della successione.

L'azione diretta di riduzione è negata ai creditori, ma ciò non per altro avviene, se non perchè essa non è nella successione: poichè se fosse nella successione, non potrebbe essera ad essi negata.

Se i creditori non possono esercitare per loro stessi l'azione di riduz one, essi non ne possono profittare indirettamente. Il dritto da cui deriva la riduzione non li riguarda in nessuna maniera: esso va congiunto ad una qualità cha non ha nulla di comune con loro: finalmente essa cade sopra beni, cha non sono stati giammai il loro pegno, nè la loro speranza.

Con grande ragione dunque il progetto escludè i creditori da ogni partecipazione diretta o indiretta alla riduzione della donazione. (*art.* 921).

36. In riguardo degli eredi in linea retta, la legge prende le più sagga precauzioni per la conservazione della riserva.

Digitized by Google

Ma ella non vuole che sotto il pretesto di ritrovarla, gli eredi possano alterare le disposizioni dettate dalla benevolenza, o anche dalle convenienze.

Se dunque trattasi di una disposizione, che cade sopra un usufrutto o su di una rendita vitalizia, gli eredi non avrebbero il dritto d'impugnarla per la sola ragione che essi preferissero di fare l'abbandono della proprietà della quota disponibile.

Una preliminare necessaria è, che si faccia costare che la liberalità eccede la quota disponibile (*art.* 917).

37. Conveniva ancora al legislatore di pronunciare sulla sorte delle alienazioni fatte all'uno de'successibili in linea retta, col peso di rendita vitalizia o a fondo perduto, o con riserva d'usufrutto.

Annullare le alienazioni, ciò sarebbe voler inceppare la libertà naturale.

Mantenere indistintamente tutte le clausole degli atti, sarebbe compromettere ed anche ruinare gli altri successibili, coll'aiuto di un atto, che in sostanza non sarebbe il più sovente che una vera donazione.

Si distingueranno due cose: la trasmissione della proprietà, ed il valore di questa.

Niente può impedire che la proprietà resti a colui, che l ha acquistata.

Ma il valore della stessa sarà imputato sulla quota disponibile, senza riguardo alle prestazioni dovute; e lo eccedente del valore, se ve n'è, sarà rapportato alla massa.

Questa via di mezzo concilia tutti gli interessi (*art.* 918).

I successibili in linea collaterale non potevano entrare per nulla in questa previdenza della legge; non vi è riserva per essi. Come potrebbero essi venire ad impugnare le alienazioni, che non li privano di nessun dritto acquisito? Se eglino sono chiamati alla successione legittima dal silenzio de' loro parenti, non potrebbero distruggere un atto di cui diverrebbero i garanti, come se fossero eredi testamentari.

Nulladimeno i tribunali han dovuto tanto occuparsi di questa sorte di reclami, che il progetto ha creduto dover dichiarare che in nessun caso i successibili in linea collaterale non potrebbero formare alcuna dimanda a cagione delle alienazioni fatte, sia col peso di rendita vitalizia, sia a fondo perduto, o con riserva d'usufrutto (*art.* 918).

In questo modo il progetto c'indica delle regole precise sulla natura delle disposizioni a titolo gratuito, sull'eccezioni e limitazioni che conviene apportare alla capacità di disporre o di ricevere, sulla qualità di coloro, cui è dovuta una riserva, sulla quota di riserva, e sulla teoria delle riduzioni.

Il progetto poscia si occupa delle formalità delle disposizioni.

38. *Della forma delle donazioni tra vivi.*

39. È della essenza della donazione tra vivi ch'essa sia irrivocabile (*art.* 894): *non si può donare e ritenere.*

40. I terzi debbono esser posti al sicuro da ogni inganno.

Ecco i grandi principi, che servono di tipo a tutto l'ordinamento delle formalità intrinseche ed estrinseche.

41. Ogni atto di donazione tra vivi, sarà rogato avanti notaio (*art.* 931); l'interesse del donante e quello dei terzi vogliono questa formalità.

42. Il progetto si occupa con gran cura a determinar l'epoca in cui il donante è irrevocabilmente obbligato, e quella in cui i terzi non possono più esercitare verun dritto sopra i beni donati.

L'accettazione è della essenza della donazione. Finchè l'accettazione non ha avuto luogo, il donante resta pieno proprietario e libero di disporre della sua cosa a suo piacere, per modo che se la donazione non è accettata, l'atto si ha come non mai esistito, e non può in conseguenza produrre nessuna specie di effetto, sotto qualunque siasi rapporto, anche in riguardo degli eredi del donante (*art.* 932).

L'accettazione debb'essere fatta in termini espressi; la presenza del donatario all'atto non basta (*art.* 932).

Tuttavolta l'accettazione può esser fatta con un atto posteriore, ma essa non può avere alcuno effetto, che qualora abbia avuto luogo durante la vita del donante. Se questi muore prima dell'accettazione, i beni restano nella sua successione, attesochè essi non uscirono giammai dal suo patrimonio. Non basta che l'accettazione sia stata fatta vivente il donante. Come la donazione non può essere perfetta che quando il donante è irrevocabilmente obbligato, l'accettazione del donatario per atto separato non può produrre effetto che dal giorno in cui questa accettazione sarà stata notificata: saggia precauzione che non trovasi nelle antiche leggi, ma che nulladimeno è necessaria per impedire che il donante non sia personalmente vittima delle transazioni che avesse fatte, nella credenza di non essere obbligato (*art.* 932).

L'accettazione, sia nell'atto stesso, sia per atto separato, può essere fatta dal donatario medesimo, o da un altro munito di sua procura. *L'accettazione che non legasse* il donatario, non potrebbe obbligare il donante: così è naturale che la donna maritata non possa accettare senza il consenso di suo marito o l'autorizzazione del giudice; che l'autorizzazione del governo deve precedere l'accettazione degli amministratori dei comuni, o degli stabilimenti di pubblica utilità, che la donazione

merlo, a tutti i debiti e pesi che esistono all'epoca della donazione.

Donazione di una quota di beni. Il donatario deve soggiacere ai debiti e pesi in proporzione del suo emolumento.

Donazione di una specie di beni, che è quanto dire di una universalità o di una quota degl'immobili o de'mobili. Nel sistema della legge la disposizione di una specie di beni è ancora un titolo universale (*art.* 1010). Il donatario di una specie non altrimenti che il donatario di una quota deve dunque sopportar i debiti ed i pesi in proporzione del suo emolumento.

Donazione di oggetto determinato. Il donatario non è obbligato di pagare che i debiti o pesi ai quali si è espressamente assoggettato.

Sicchè non vi potrà essere nessun dubbio nè per riguardo al donante, nè ai suoi creditori, nè ai suoi eredi, allorchè tra il donatario e gli eredi si tratterà di regolare i debiti ed i pesi che rispettivamente li concernono.

La materia che trattiamo è tutta estranea al modo che i creditori anteriori alla donazione debbono seguire, sì per conservare i loro diritti sui beni donati, come per esercitarli. Questa parte riguarda il sistema ipotecario.

50. Abbiamo veduto come il donante dovrà essere irrevocabilmente obbligato. L'economia della legge escluderebbe mai il diritto di riversione?

Si distingueva altra volta la riversione legale dalla convenzionale.

La sola riversione legale sarà autorizzata. Essa dovrà essere stipulata, non potrà esserlo che in vantaggio del solo donante; sarà non comunicabile e non trasmissibile. La medesima potrà essere stipulata, sia pel caso che il donatario premorisse al donante, sia pel caso che il donante sopravvivesse al donatario ed ai discendenti di lui (*art.* 951).

Niuna stipulazione può essere più giusta e più favorevolmente accolta. Essa è una delle condizioni della donazione, ed una condizione ragionevole; dappoichè il donante non si era spogliato che in considerazione dell'affezione cha aveva pel donatario e pei discendenti di questo.

Egli è pur vero che l'effetto del diritto di riversione si è di risolvere tutte le alienazioni dei beni donati; di farli ritornare al donante franchi e liberi da ogni peso d'ipoteca, salvo solamente l'azione sussidiaria per l'ipoteca della dote e delle convenzioni matrimoniali della moglie del donatario, e nel caso solamente in cui la donazione fosse stata fatta nello stesso contratto di matrimonio, dal quale risultano questi diritti ed ipoteche (*art.* 952).

Ma i terzi non avrebbero di che dolersi, imperciocchè ne sarebbero stati avvertiti dalla stipulazione.

La riserva del diritto di riversione non è in opposizione con la regola generale della irrevocabilità; regola che è fondamentale in fatto di donazioni.

Delle eccezioni alla regola della irrevocabilità delle donazioni tra vivi.

51. La regola suddetta riceve nondimeno delle eccezioni:

1.° Per cagione d'inadempimento delle condizioni sotto le quali si è fatta la donazione;

2.° Per l'ingratitudine del donatario;

3.° Per la sopravvenienza dei figli del donante.

Inadempimento delle condizioni... Un donatario infedele a'la sua promesse dovrebbe forse godere del prezzo della sua slealtà (*art.* 953).

Ingratitudine del donatario... La rivocazione viene domandata non meno dalla morale pubblica, che dall'interesse del donante.... Se il donatario tende delle insidie alla vita del donante; se si è reso verso di lui colpevole di sevizie, delitti o ingiurie gravi, se gli ricusa gli alimenti: *necare videtur qui alimenta denegat* (*art.* 953 e 955).

Sopravvenienza di figli.... Il diritto c'insegna la commovente cagione di questa rivocazione. Allorchè il donante si è spogliato della sua proprietà, era a lui ignota l'affezione paterna. *La legge di accordo con la natura presume* che se il donante avesse preveduto che un giorno egli avrebbe avuto un figlio, non avrebbe fatto la donazione. Fa d'uopo dunque che il donante non avesse verun figlio vivente al momento della donazione. Il figlio naturale legittimato per susseguente matrimonio produrrà lo stesso effetto che il figlio legittimo, purchè però egli sia nato dopo la donazione, altrimenti verrebbe a godere maggior favore del legittimo. La sopravvegnenza dei figli darà luogo alla rivocazione anche quando il figlio fosse concepito al momento della donazione, dappoichè il fanciullo che si trova nel seno di sua madre non si reputa nato, se non quando si tratta del suo vantaggio (*art.* 953, 960 a 961).

52. In quanto al donante ed al donatario, le tre cause di rivocazione producon tutte gli stessi effetti.

Ma in questa materia non bisogna perder mai di vista l'interesse dei terzi.

In fatto di rivocazione per cagione della sopravvegnenza di figli, i beni ritornano franchi e liberi, quando anche la donazione fosse stata fatta in favore del matrimonio, non ostante qualunque clausola contraria; la donazione così rivocata è talmente annullata, che non potrebbe ricever di nuovo il suo effetto neanche per la morte del figlio del donante o per qualunque atto confermativo (*art.* 963, 964, 965 e 966).

Ma dobbiamo noi maravigliarci di così distinti favori?

I diritti della natura non debbono forse conservare tutto il loro impero?

Ben a ragione i romani legislatori diceano che la condizione della rivocazione per cagione della sopravvegnenza di figli era sempre sottintesa in una donazione.

Se i terzi soffrono qualche danno per questa rivocazione, ciò avviene perchè volontariamente ne hanno affrontato il rischio.

53. — Relativamente alla rivocazione per cagione d'inadempimento delle condizioni, i beni ritorneranno egualmente liberi da ogni peso ed ipoteca nelle mani del donante (*articolo* 954).

Se i creditori ed i terzi acquirenti ne muovessero doglianza, lor si risponderebbe: perchè avete voi contrattato? O perchè non avete voi saputo procurarvi la ratificazione del donante?

54. — Ma non potea lo stesso avvenire nel caso della rivocazione per cagione d'ingratitudine, la quale certo non merita tanto favore dalla legge; essa riguarda solo il donatario che dev' esser punito di aver mancato alla riconoscenza, e di aver così spezzato il più saldo legame che deve unire gli uomini. Per questa ragione avviene che le cause d'ingratitudine sieno più larghe che quelle della indegnità (*articolo* 955. Vedi ancora l'articolo 734 al titolo *delle successioni*).

L'indegno non era chiamato se non per una volontà presunta, laddove il donatario era stato l'oggetto della più chiara e tenera volontà del donante; ma i terzi non debbono prevedere l'ingratitudine del donatario, e però non debbono esserne le vittime.

Per queste ragioni avviene che le donazioni fatte in contemplazione di matrimoni non sono rivocabili per causa d'ingratitudine (*art.* 959). Il delitto del donatario non deve autorizzare l'annullamento di un atto, sulla fede del quale si è formata una nuova famiglia. Lo interesse della società reclamava questa eccezione.

La fede pubblica richiede ancora che in questo caso l'effetto della rivocazione relativamente ai terzi non possa cominciare se non dal giorno in cui può presumersi che essi la conoscano, nè si presumerà che la conoscano se non quando il donatario avrà fatto iscrivere la sua domanda in margine della trascrizione della donazione (*articolo* 958).

Passiamo ora alle disposizioni testamentarie.

Della forma dei testamenti.

55. Il progetto propone tre forme di testamento; esso può essere olografo, fatto per atto pubblico, o in forma mistica (*ar.* 969).

Nessuna di queste forme è nuova in Francia, ma non tutte erano riconosciute dall'ordinanza del 1735.

Solamente, nei paesi di dritto scritto, i testamenti olografi non poteano valere se non in favore de' figli e discendenti.

Ora il progetto di legge estende a tutti i Francesi indistintamente la facoltà di testare in forma olografa.

Questa innovazione era richiesta dalla ragione e dall'interesse dei cittadini.

Di fatti quale atto può dimostrare più sicuramente la libera volontà del testatore, quanto quello che è scritto per intiero, datato e sottoscritto di sua mano?

Se i paesi di dritto scritto erano per sì lungo tempo restati privi della facilità che offre la forma olografa, era questo per una conseguenza del rispetto pel diritto romano, il quale avea richiesto delle formalità tanto solenni per un atto allora dipendente dall'esercizio dei diritti politici.

Questa legislazione avea sempre conservato qualche cosa della prima origine dei testamenti, i quali non si faceano se non in presenza e con l'autorizzazione del popolo.

Ora che da tutti si riconosce come il diritto di testare non appartiene se non al gius civile, e che per conseguenza non si tratta che di stabilire le precauzioni sufficienti per riconoscere la volontà, era giusto che il codice moltiplicasse le agevolazioni tutte le volte che non s'incontrasse verun dubbio sulla volontà.

56. Il progetto indica con precisione le formalità del testamento per atto pubblico. Esso si riceve da due notaj in presenza di due testimoni, o da un notajo in presenza di quattro testimoni. Nelle campagne basterà che uno dei due testimoni firmi, se il testamento è ricevuto da due notaj, e che firmino due dei quattro testimoni, se esso è ricevuto da un sol notajo (*articoli* 971, 972, 973 *e* 974).

La legge richiede dei testimoni insieme coi notaj, non perchè diffida di questi, ma perchè, i testamenti facendosi il più spesso nell'estremità della vita, è utile di moltiplicare le cautele in favore di una persona che può essere aggirata dall'intrigo e dalla cupidigia.

57. Per quello che riguarda il testamento mistico o segreto, si è fatto quistione, se dovesse conservarsi una tal forma.

Si è deciso per l'affermativa, imperciocchè è giusto di permettere a coloro i quali non possono scrivere i loro testamenti il dritto e la facoltà di tener segrete le loro disposizioni insino alla loro morte.

Questa è la forma che la legge circonda delle maggiori solennità. Essa vuole sei testimoni (*articoli* 976, 977, 978 *e* 979), perocchè si tratta non solo di garantire la libertà del testatore, ma ancora di comprovare la identità della scrittura che contiene le sue di-

sposizioni, e di quella sulla quale si forma l'atto di soprascrizione.

Facciamo qualche osservazione sui testimoni testamentari. . . . 1.° Basta che essi godano dei diritti civili, laddove per gli atti pubblici ordinari, pei quali per altro non ve ne bisognano che due, è indispensabile che essi godano dei diritti politici (*articolo* 980, *vedi ancora la legge sul notariato*).

2.° I legatari non potrebbero esser chiamati como testimoni in un testamento per atto pubblico (*art.* 975). Il progetto non ha dovuto ripetere l'esclusione pel testamento le cui disposizioni sono segrete.

L'ordinanza del 1735 neppur essa avea proibito ai legatari, anche universali, di far da testimoni nei testamenti mistici.

Il progetto dice ancora che gli scritturali dei notaj, dai quali son ricevuti i testamenti per atto pubblico, non potranno esser chiamati come testimoni (*art.* 975). Il progetto non ripete quest' altra esclusione pei testamenti mistici.

La legge sul notariato esclude assolutamente gli scritturali dei notaj.

Ma questa legge generale non può esser invocata in materia di testamenti, pei quali una legge particolare regola tutto ciò che si riferisce ai testimoni. Egli è d'uopo per altro osservare che la proibiziona non cessa se non per l'atto di soprascrizione, pel quale sono necessari sei testimoni.

Era necessario puranche prevedere i casi straordinari che possono impedire ad un Francese di ricorrere alle forme comuni.

58. La legislazione di tutti i popoli inciviliti ha stabilito delle regole particolari sui testamenti de' militari.

Il codice civile avrebbe mai potuto mostrarsi indifferente verso i nostri guerrieri, allorchè si tratta di assicurar loro la più grande consolazione che possa aver l'uomo allorchè lascia la vita?

Laonde il progetto moltiplica per quanto è possibile le agevolazioni in favore dei militari e delle persone impiegate nelle armate (*art.* 981, 982, 983 *e* 984).

Esso stabilisce ancora delle regole particolari pei testamenti fatti in luogo nel quale sonosi interrotte tutte le comunicazioni a cagione di una malattia contagiosa (*articoli* 985, 986 *e* 987).

E pei testamenti fatti sul mare nel corso di un viaggio (*art.* 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996 *e* 997).

Finalmente la previdenza della legge si estende sui Francesi che si trovino in paese straniero. Essi posson fare testamento o in forma olografa, o per atto autentico, con le forme usate nel paese nel quale si fa il testamento (*art.* 998 *e* 999).

Dopo aver determinato le forme dei testamenti, il progetto si occupa delle diverse specie di disposizioni testamentarie e dei loro effetti.

59. *Della qualità e degli effetti delle diverse disposizioni testamentarie.*

60. Nei paesi di diritto scritto si conoscono le istituzioni di erede ed i legati particolari.

Nei paesi consuetudinari, non si conoscono che i legati universali o particolari.

Il progetto di legge non intende prescrivere veruna denominazione, e però sarà permesso di usare indistintamente i termini d'istituzione di erede o di legato (*art.* 767).

Potrebbesi anche non far uso nè degli uni nè degli altri, e lasciar da banda l'antica massima dei paesi di diritto scritto: *Institutio haeredis est caput et fundamentum totius testamenti.*

Basterà che il testatore abbia esplicitamente fatto conoscere ciò che dovrà raccogliere l'individuo in cui favore egli dispone; non si tratta che di conoscere la natura della disposizione, di definirla ed estimarla.

61. Ora le disposizioni testamentarie non posson essere che di tre specie:

O universali, le quali comprendono tutta la successione;

O a titolo universale, le quali comprendono una quota parte della successione, per esempio il terzo, la metà, o pure una specie di beni, come tutti gl' immobili, il terzo degli oggetti mobili;

O finalmente la disposizione testamentaria non riguarda che un oggetto particolare.

La legge vuole infatti che una persona possa col suo testamento disporre o di tutti i suoi beni, o di una parte degli stessi, o solo di una cosa determinata. Egli importa poco alla legge che l'uomo dica di nominare il tale per suo erede, ovvero che il chiami suo legatario universale.

Poco ugualmente cale alla legge che il testatore, il quale non vuole disporre in favore di una persona se non del terzo della sua successione, o del terzo dei suoi immobili o dei suoi mobili, dica che egli l'istituisce nel terzo ovvero che gli dà e lega il terzo.

Finalmente anche poco preme alla legge che il testatore dica o faccia il tale suo erede in una cosa particolare, o che gli leghi una cosa particolare (*art.* 1002).

La legge ragionevolmente non pone mente che all'idea del testatore e alla natura della disposizione.

Il solo sacrifizio che i paesi di diritto scritto debbono fare in questa occasione, è quello dell'antica regola: *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest.*

Di fatti, in altri tempi, se il testamento non conteneva che un' istituzione di erede in una

cosa particolare, quest'istituto prendeva l'intera successione, malgrado della limitazione per la regola che niuno può morire parte *testato* e parte *intestato*.

Non bisogna riguardare che la volontà espressa dell'uomo.

E siccome nel comune significato la parola *erede*, sia che trovisi sola, sia che trovisi accompagnata da queste espressioni, *generale* ed *universale*, o semplicemente *generale*, o semplicemente *universale*, indica colui che deve succedere a tutti i beni, ei sarà assimilato al legatario universale, che nel significato ordinario è puranche chiamato a raccogliere tutti i beni disponibili.

Il legatario universale sarà assimilato all'erede. Così l'istituzione di erede varrà quanto il legato universale, ed il legato universale quanto il legato particolare. La stessa regola di corrispondenza e di analogia è stabilita per le disposizioni a titolo universale e particolare (*art.* 1002).

Non pertanto bisognava anche far a meno di ripetere incessantemente tutte queste diverse denominazioni.

Doveva bastare il dichiarare in principio che non vi sarebbe veruna differenza tra loro; e niuno può maravigliarsi se nel rimanente degli articoli s'impieghi frequentemente la denominazione *legato universale*, quando trattasi di disposizioni universali; la denominazione *legati a titolo universale*, quando trattasi della disposizione o di una quota di beni o di una specie di beni, ed infine la denominazione *legato particolare*, quando trattasi della disposizione di una cosa determinata.

È sembrato alla vostra sezione di legislazione che le disposizioni del progetto preverrebbero tutte le difficoltà che avrebbero potuto risultare dalle antiche consuetudini.

62. Immissione in possesso e rilascio de' beni.

63. I diritti che derivano dal testamento passano direttamente dal testatore all'individuo in favore del quale è fatta la disposizione.

Ma altra cosa è la *proprietà* ed altra l'immissione in *possesso*.

Nei paesi di diritto scritto distinguevansi gli eredi ed i legatari.

Per rispetto agli eredi seguivasi la regola il *morto impossessa il vivo*. Un erede estraneo non era obbligato di domandare il rilascio dei beni all'erede presuntivo.

Il legatario solo era obbligato a domandare questo rilascio.

Nei paesi consuetudinari la regola *il morto impossessa il vivo*, non aveva mai luogo che per gli eredi presuntivi, da essi i legatari universali dovevano ottenere il rilascio dei beni.

Era assai difficile di conciliare questo punto particolare, quando da una parte si riconosce il principio che un uomo può per testamento disporre dell'universalità de'suoi beni, e che nondimeno dall'altra parte la legge stabilisce delle riserve.

Il progetto ci è sembrato che abbia preso un giusto mezzo.

Se trattasi di un legato particolare non v'ha difficoltà a concepire che il legatario debba domandare il rilascio a quello da cui deve ricevere il legato (*art.* 1014).

Se trattasi di un legato a titolo universale, siccome questo legato non cade che sopra una parte della successione, il legatario deve dirigersi a quelli ai quali è riserbata dalla legge una quota parte de'beni, o in loro mancanza al legatario universale, o infine agli eredi chiamati nell'ordine stabilito al titolo *delle successioni* (*art.* 1011).

In materia di legati universali, o sonovi degli eredi in linea retta, o non ve ne sono.

Se vi sono degli eredi in linea retta, ed è ben naturale che il legatario universale domandi loro il rilascio; chè l'immissione in possesso deve appartenere a coloro in profitto de'quali la legge stabilisce una riserva.

O non vi sono eredi in linea retta, ed allora il legatario universale non è tenuto di domandare il rilascio ai collaterali (*art.* 1007).

Pur non pertanto, anche in questo caso, non era possibile di autorizzare indistintamente ogni individuo, che pretendevasi legatario universale, ad impadronirsi della successione senza prendere qualche precauzione per assicurare la società, e per garentire i diritti degli assenti interessati.

Bisognerà dunque distinguere le diverse specie di testamenti.

Un legatario universale, che ha in suo favore un testamento fatto per atto pubblico, non è obbligato a veruna formalità giudiziaria. La forma autentica dell'atto dee assicurarne la più pronta esecuzione.

Ma se trattasi di un testamento olografo o mistico, il legatario universale deve domandare l'immissione in possesso al presidente del tribunale, che l'ordina sulla semplice richiesta (*art.* 1008).

Questo ricorso al presidente trovasi legato coll'ufficio che gli vien confidato dalla legge di procedere all'apertura del testamento mistico, o al processo verbale descrittivo del testamento olografo, prima che questi atti sieno rimessi ad un notajo scelto pel deposito (*art.* 1007).

La saggezza di queste disposizioni per sè stessa apparisce.

64. Contribuzione ai debiti e pesi.

Relativamente alle obbligazioni dei legatari, il legatario universale che prende solo l'intera

successione, sarà tenuto alla soddisfazione di tutt'i debiti e pesi.

In concorso con un erede a cui la legge riserva una quota de' beni, egli sarà tenuto personalmente ai debiti e pesi, per la sua parte e porzione (*art.* 1009).

Il legatario a titolo universale sarà egli pure tenuto personalmente per la sua parte e porzione (*art.* 1012).

Il legatario particolare non è tenuto che dei debiti e pesi, del cui pagamento fosse specialmente incaricato.

Tutti i lagatari, tanto universali, che a titolo universale o particolare, come pure gli eredi pe'quali la legge ha stabilito una riserva, sono tenuti ipotecariamente pel tutto sugl'immobili che hanno ricevuti dal defunto (*art.* 1009, 1012 *e* 1017).

In niun caso l'erede che prende la riserva è tenuto di pagare i legati.

Il progetto contiene molte regole sui legati particolari.

Tutte son destinate a prevenire molti sime difficoltà che insorgevano altra volta in questa materia.

Infine ogni legatario potrà fare uso del testamento, benchè ei non abbia fatto registrare che il suo legato (*art.* 1016). Non si vedrà più un antico servitore, che avrà ricevuto un legato di alimenti, languir nella miseria per l'impossibilità di fornire le spese del registro di tutto il testamento.

65. *Degli esecutori testamentari.*

Il progetto regola tutto ciò che riguarda gli esecutori testamentari, nel caso in cui il testatore volesse usare del diritto di nominarne qualcuno, perchè è una cosa di arbitrio. L'immissione in possesso, che riguarderà i soli mobili, non sarà mai di diritto. Il testatore non potrà estenderla oltre un anno. Apposizione di suggelli, inventario, vendita di mobili per soddisfare i legati, rendimento di conto, tutto è preveduto (*art.* 1025 *a* 1034).

66. *Rivocazione e caducità delle disposizioni testamentarie.*

Le disposizioni testamentarie possono rivocarsi o divenir caduche.

Diciamo le *disposizioni*, perchè un testamento può non essere rivocato che in parte. Due testamenti possono convenire insieme in ciò che non hanno di contrario (*art.* 1035 *e* 1036).

Non trovasi annullato che il punto su cui vi è cambiamento di volontà.

Del pari una disposizione può esser caduca, o che fosse l'istituzione o il legato universale, ed il resto del testamento dovrà esser eseguito.

Rivocazione . . . . . Essa può aver luogo, 1° per un testamento posteriore, purchè questo sia rivestito di tutte le formalità prescritte, e che, considerato in se stesso, abbia potuto ricevere la sua esecuzione. L'incapacità dell'erede o il suo rifiuto di raccogliere la successione sarebbero cose affatto indifferenti in quanto all'effetto della rivocazione (*art.* 1037).

2° Per un atto avanti notajo contenente dichiarazione espressa del cambiamento di volontà (*art.* 1035).

3° Per la tacita volontà del testatore. La legge propone un caso importante . . . . . se il testatore ha venduto tutto o parte della cosa legata, anche con facoltà di ricompra o con permuta, ed ancorchè l'alienazione sia nulla, e l'oggetto sia rientrato nelle sue mani, non sarà più permesso di distinguere se l'alienazione fosse stata volontaria o necessaria (*art.* 1038).

La caducità accade 1° per la premorienza di colui in favore del quale è fatta la disposizione.

2° Se la cosa è perita durante la vita del testatore, ed anche dopo la di lui morte, ove non siavi fatto o colpa dell'erede ;

3° Per l'incapacità del legatario ;

4° Per la rinuncia da lui fatta del legato ;

5° Per l'inadempimento della condizione (*art.* 1042 *e* 1043).

Intanto fa d'uopo sul soggetto della trasmissione, distinguere in questo ultimo caso.

Se trattasi di una condizione dipendente da un avvenimento incerto, e tale che, secondo l'intenzione del testatore, la disposizione non debba eseguirsi se non quando si verifichi l'avvenimento, la disposizione sarà caduca se il legatario muoja prima che sia verificata la condizione, egli nulla può trasmettere poichè nulla ha acquistato (*art.* 1040).

Se, per l'opposto, la condizione non fa che sospendere l'adempimento della disposizione, il legatario trasmetterà ai suoi eredi un diritto che sarebbesi realmente verificato a suo favore (*art.* 1041).

La materia della caducità ci conduce naturalmente al diritto di accrescimento.

67. *Diritto di accrescimento.*

Tutta l'antica teoria del diritto di accrescimento trovasi con moltissima chiarezza spiegata in due articoli (*art.* 1044 *e* 1045).

68. *Inadempimento delle condizioni apposte alle disposizioni testamentarie.*

Nel trattato delle donazioni noi abbiam veduto quali di esse potessero esser rivocate per l'inadempimento delle condizioni.

Era giusto che questo principio fosse applicato alle disposizioni testamentarie.

Le volontà dei defunti debbon essere religiosamente eseguite da coloro in favore dei quali le disposizioni trovansi fatte.

Se dunque un legatario, al quale sonosi imposte delle condizioni, tradisce la fede che lo lega al defunto, dave permettersi agli eredi presuntivi di domaodare che la disposizione sia rivocata (*art.* 1046), e ohe l'oggetto compreso nella disposizione sia loro conceduto, col peso di adempiere all'intenzione del defunto.

Nondimeno spetterà ai tribunali il decidere quali clausole potranno produrre quest'effetto e se la rivocazione debba esser accordata subito, ovvero se le circostanze sien tali da dover fare ammettere il legatario a purgare la mora.

69. *Ingratitudine del legatario.*

Egli è ancora giusto cha i legatari sieno puniti della loro ingratitndine.

Il perchè se il legatario avesse teso insidie alla vita del defunto, se si è reso verso di lui colpevola di sevizie, delitti o ingiuria gravi, dovrà ammettersi la domanda di rivocazione (*art.* 1046).

Essa verrà egualmente ammessa se il legatario abbia commesso una grava ingiuria verso la memoria del testatore (*art.* 1047).

70. — Qui ha termine l'esposizione delle regole generali e comuni sulle disposizioni dei beni a titolo gratuito.

Ma queste regole generali non potevan bastare, dappoichè vi sono dei casi nei quali la legge mostrasi più facile ed iodulgente.

Questo avviene o per la diversità dalle situazioni in cui l'uomo si ritrova, per la diversità delle relazioni esisteoti fra la persone, o pel grado di favora meritato dalla disposizione.

71. *Obbligo di restituire ai nipoti.*

Esamineremo primameote quella parte della legge oh'è destioata a dare una novella forza alla patria potestà.

La legga stabilisce una riserva in favore dei figli, ed il rimanenta dei beoi del padre è lasciato libero tra la sue mani.

La riserva non può essere gravata di verun peso.

Se il padre ha disposto in favore di suo figlio e gli ha imposto dei pesi e delle condizioni, il figlio, scegliendo la riserva legale, può sottrarsi a tutti i pesi ed a tutte le condizioni.

Ma il padre può dal suo canto disporre della quota disponibile in favore di chi più gli piace, anche di un estraneo. Tal si è il potere che gli viene dalla legge.

Ma il voto di questa, conforme alla natura, si è che le sostanza del padre non passino ad estranei.

Il voto della legge, uniforme a quello della natura, si è che i beni che un figlio ha ricevoto da suo padre gli servano tuttavia per conservare la famiglia.

Ma non può forse avvenire che un padre abbia delle giuste ragioni per temere che il suo figlio non dissipi i beni che egli sta per trasmettergli ? Non può avvenire forse che un padre abbia dei giusti motivi di scontento ?

La novella legislazione non ha creduto di dover lasciara sussistere la diseredazione ; tal pena è distrutta : voglia il oielo che giammai si manifesti l'idea della maggiore empietà verso la natura !

Ma infine, o che il padre abbia ragione di sospettare dell'amministrazione di suo figlio, o cha per un eccesso di prudenza o pel desiderio ben giusto in un padre di pensare ai suoi posteri; egli voglia far servire il suo diritto di disporre una quota, per vendicare la sua autorità o per assicurara l'agiatezza dei suoi oipoti, perchè la legge non dovrebbe proteggere una disposizione tanto giusta?

Questo è ancora quello ohe il progetto vuole in favora dei nipoti nati a nascituri (*articolo* 1048).

Nè si tema di veder risorgere le antiche sostituzioni.

L'ascendente, il quale del resto non può essere se non il padre o la madre (chè questa disposizione non si permetterebbe giammai agli avi), non potrà estendere la sua previdenza al di là dei figli di suo figlio, e la disposizione non potrà giammai tornare che in favore di tutti i figli del donatario indistintamente (*art.* 1050 *e* 1051).

Siffatta disposizione è il compimento degli ammirabili temperamenti usati dal codice, relativamente alla potestà dei genitori.

72. *Obbligo di restituire ai nipoti.*

Ogni ragione volea cha lo stesso principio potesse adattarsi alle disposizioni in favore dei figli dei fratelli e delle sorelle.

La legge non istabilisce veruna riserva pei fratelli e per le sorelle.

Ma essa andrebbe delusa nei suoi voti, se le famiglie fossero senza legittima ragiooi spogliate.

Di leggieri avverrà che un fratello sarà l'oggetto delle liberalità di suo fratello.

Ancora avverrà frequentemente che un fratello vorrà disporre io favora dei suoi oipoti, quantunque egli conservi molto affetto pel loro padre.

Quest'ultimo caso può avvenire allorchè è da temersi che il padre di questi nipoti sia un dissipatore.

Se fossa vero cha una specie di orgoglio fosse quello che ioduce il donante a gravare il suo fratello o la sua soralla dell'obbligo della restituzione io favore dei suoi nipoti, perchè gli uni e gli altri riconoscessero tutto dalla sua liberalità, per qual ragione la legge oon dovrebbe rivolgere questo seotimento al vantaggio delle famiglie? Le migliori leggi son quel-

le che dirigono le passioni degli uomini verso un oggetto utile alla società.

Così la vostra sezione si è mostrata sollecita ad approvare l'articolo del progetto il quale autorizza la disposizione di un fratello o di una sorella in vantaggio di suo fratello, col peso di restituire i beni ai figliuoli nati e nascituri (*art.* 1049 1050 e 1051).

73. — Egli era indispensabile di usare delle precauzioni per la conservazione dei diritti dei chiamati, e perchè i diritti dei terzi non fossero giammai lesi.

Relativamente ai chiamati, vi sarà sempre un tutore incaricato di vegliare alla esecuzione della disposizione, anche quando i chiamati fossero maggiori (*art.* 1055 *e* 1056).

Savia precauzione! i chiamati essendo sempre i figli del gravato, era necessario di non lasciarli soli a fronte del loro padre, col quale debbono necessariamente avere interessi opposti.

74. — Questo più importante è l'ufficio del tutore, tanto più era indispensabile procurare che egli lo assumesse prontamente.

Se il gravato non ne provochi egli stesso la nomina nel termine di un mese, s' intende decaduto dal beneficio della disposizione. Un tal decadimento potrà pronunciarsi non solamente sulla domanda dei chiamati, ma ancora sulle richieste di ogni parente dei chiamati, o anche del commessario del governo che potrà agire di ufficio (*art.* 1057).

75. — Relativamente ai terzi, siccome quest' obbligo di restituire esce dal dritto comune, così non sarebbe giusto di potersi opporre a coloro che non han potuto esserne avvertiti.

Un solo mezzo potea offrirsi..: relativamente agl' immobili... la trascrizione della disposizione sull'ufficio delle ipoteche, e relativamente alle somme date a mutuo... l'iscrizione sui beni sottoposti al privilegio. La mancanza di trascrizione non potrà giammai esser supplita, salvo il regresso contro il gravato ed il suo tutore (*art.* 1069, 1070, 1071 *e* 1072).

76. — Questa specie di disposizione dà alla proprietà trasmessa un carattere tutto particolare: dappoichè, la disposizione trovandosi fatta in favore dei figli del legatario, nati e da nascere, è ben chiaro che se il gravato se ne muoie senza lasciar figliuoli, questa proprietà rimarrà libera nella sua successione.

Ed in vero, soltanto alla morte del gravato, i chiamati posson avere un diritto acquisito.

Ciò non pertanto il diritto dei chiamati potrebbe aprirsi prima della morte naturale del gravato.

La sua morte civile può produrre quest' effetto (*art.* 25 *titolo del godimento e della privazione dei diritti civili*).

77. — Lo stesso avverrebbe se il gravato anticipasse l' epoca della restituzione con un abbandono volontario.

Ma in questo caso vi sono due cose importanti da osservare:

1.° Che la restituzione anticipata in favore di un figlio non potesse nuocere agli altri figli che posteriormente sopravvenissero;

2.° Che molto meno potesse nuocere ai creditori del gravato anteriori all'abbandono (*articolo* 1053).

78. *Divisione fatta dall' ascendente.*

I padri e le madri hanno ancora un altro mezzo per ordinare gli affari della famiglia.

Essi potranno distribuire i loro beni trai propri figli con atto tra vivi e con testamento, osservando tuttavia le stesse formalità; condizioni e regole che trovansi prescritte per le donazioni tra vivi e pei testamenti (*articolo* 1075 *e* 1076).

Questa parte delle legge produrrà ancora un gran bene, essa sola basterebbe a giustificare il diritto accordato ai genitori di disporre di una quota parte.

A che mai ridurrebbesi tutta la previdenza del padre di famiglia, se ne figlio potesse reclamare contro una divisione, sotto pretesto della più leggiera ineguaglianza?

Affinchè la divisione riesca regolare, fa d'uopo che essa abbia luogo tra tutti i figli viventi al tempo della morte, ed i discendenti di quelli che fossero premorti; altrimenti la divisione sarebbe assolutamente nulla per tutti (*articolo* 1078).

Le divisioni fatte con atto tra vivi non potranno avere per oggetto se non i beni presenti. Ma se tutt' i beni che l' ascendente lascerà nel giorno della sua morte non sonosi compresi nella divisione, questa non sarebbe una ragione sufficiente per annullarla, ma il dippiù dovrebbesi dividere giusta la legge (*art.* 1076 *e* 1077).

La divisione fatta per testamento potrebbe esser rivocata, laddove irrivocabile sarebbe se fosse fatta per donazione tra vivi.

La legge il dice espressamente, dappoichè vuole che le divisioni non possano esser fatte, che con le stesse formalità, condizioni e regole prescritte per le donazioni tra vivi e pei testamenti.

La legge presume che il giudizio del padre di famiglia sia sempre giusto.

79. — Ciò non pertanto se un errore si fosse commesso dall'ascendente, o se gli si fosse strappata un' ingiustizia, la divisione potrebbe esser impegnata per causa di lesione:

Due soli casi possonsi prevedere.

Oh il padre ha lasciato tutto ai suoi figli per mezzo della divisione;

O indipendentemente dalla divisione egli ha fatto per anteparte delle disposizioni in favore di uno dei suoi figli.

Se il padre non ha fatto altre disposizioni al-

l' infuori della divisione, l' atto non potrà esser impugnato se non per cagione di lesione oltra il quarto (*art.* 1079).

Se dunque il figlio avesse ricevuto, per mezzo della divisione, un valore di 1,500 franchi, egli non potrebbe domandare la rescissione se non quando dalla liquidazione risultasse che, se la divisione si fosse fatta egualmente, a lui sarebbero spettati più di 2,000 franchi. Questa proporzione del quarto non potea essere più giusta, dappoichè in tutti i casi il padre può disporre del quarto de'suoi beni, e però è impossibile che il figlio abbia una giusta ragione di dolersi, allorchè la differenza della sua porzione non eccede il quarto.

Il secondo caso è quello nel quale un padre fa una divisione dopo aver disposto di tutta o di una parte della quota disponibile; in tal caso la legge vuole che, quantunque non sia avvenuta nella divisione una lesione del quarto, potesse non pertanto impugnarsi, se cumulandosi la disposizione con l'eccedente della porzione che ciascuno avrebbe potuto ricevere, se le parti fossero state eguali, il padre abbia oltrepassato il suo diritto di disporre (*articolo* 1069).

L'oggetto di questa disposizione si è di prevenire i vantaggi eccessivi che potrebbero aver luogo per la riunione della porzione disponibile ad un eccesso di divisione negli altri beni.

Per esempio, un padre ha 60,000 franchi di beni, e due figli. Egli dà ad uno di essi 20,000 franchi ossia il terzo disponibile; quindi nel dividere i 40,000 franchi, dà al primo 24 ono franchi, ed all'altro 16,000 franchi: la disuguaglianza della divisione non consistendo che in 4,000 franchi non vi sarebbe lesione del quarto relativamente al'a sola divisione, e se questa lesione fosse necessaria, l'uno dei figli avrebbe 44,000 franchi, laddove l' altro non ne avrebbe che 16,000, quando per legge non potrebbe averne meno di 20.000.

Lo scopo della legge si è che il padre non avesse che un sol mezzo per giovare ad uno dei suoi figli in pregiudizio dell' altro.

Se egli si sta contento ad una divisione, può usare questa preferenza, dando ad uno una porzione maggiore, purchè l'altro non sia leso oltre il quarto. Ma se egli fa ad un tempo una donazione ed una divisione nella quale vi sia una porzione più forte dell' altra, se l' eccedente di questa porzione e la donazione sorpassano la quota disponibile, la divisione può esser impugnata, quantunque nella divisione l' uno dei figli avesse sofferto una lesione minore del quarto. Se così non fosse, un padre potrebbe favorire uno dei suoi figli in due modi: 1. dando la quota disponibile; 2. facendo una divisione ineguale, con la precauzione di non eccedere il quarto: è questo è appunto quello che la legge punto non permette.

Ecco tutto ciò che la legge ha creduto di dover istabilire specialmente per la disposizioni tra figli e discendenti, quando per altro avvengono fuori del contratto di matrimonio.

80. Il progetto non parla delle dimissioni di beni; esse dunque non saranno più permesse.

Ora ci resta a parlare delle donazioni fatte in occasione di matrimoni.

81. *Donazione in favore di matrimonio.*

82. Una regola di tutti i tempi, giustificata abbastanza dalla natura della cosa, si è che i contratti di matrimonio sono capaci di tutte le clausole e condizioni che non sono contrarie ai buoni costumi.

Anche le regole più severe che la legge ha creduto dover istabilire intorno alla irrivocabilità della donazioni, debbono propendere in favore del matrimonio: la legge non vede che la necessità di promuoverlo.

Laonde la donazione fatta per contratto di matrimonio può comprendere i beni futuri, solamente la legge richiede uno stato dei debiti e pesi esistenti nel giorno della donazione. Per mezzo di questo stato, il donatario potrà scegliere i beni presenti. In mancanza di questo, il donatario sarà obbligato di accettare o di ripudiare la donazione per intiero; egli non potrà reclamare se non i beni esistenti al momento della morte del donante, quantunque egli fosse sottomesso al pagamento di tutti i debiti e pesi della successione (*art.* 1084 e 1085).

La donazione per contratto di matrimonio può ancora esser fatta sotto condizione di pagare indistintamente tutti i debiti e pesi della successione del donante, o sotto altre condizioni la cui esecuzione dipendesse dalla sua volontà (*art.* 1086).

La riserva fatta dal donante apparterrebbe al donatario se il donante non ne disponesse, benchè nel contratto non si facesse veruna stipulazione su tal proposito (*art.* 1086).

Finalmente le donazioni per contratto di matrimonio non possono esser impugnate sotto pretesto di mancanza di accettazione espressa (*art.* 1087).

83. Le disposizioni contrattuali continueranno ad essere permesse in favore del matrimonio.

La legge determina accuratamente la natura e gli effetti di questa specie di disposizioni.

Fa d' uopo distinguere il titolo e l'emolumento.

Il titolo è irrevocabile: l' autore della disposizione non potrà più disporre a *titolo gratuito*, fuorchè per somme modiche a titolo di ricompensa o altrimenti. Ma in quanto all'emolumento, questo non potrà veramente essere conosciuto se non alla morte, perciocchè

fino a tal momento l' autore della disposizione conserva il diritto di alienare *a titolo oneroso*, (*art.* 1082, e 1083).

84. Tutto ciò non ha luogo se non in favore del matrimonio. Dunque non è la inserzione della donazione in un contratto di matrimonio, che dia alla donazione tutti questi privilegi; imperciocchè se essa fosse fatta ad uno diverso dagli sposi, sarebbe regolata intieramente dal diritto comune.

Per queste stesse ragioni ne segue che la donazione fatta in contemplazione del matrimonio svanisce se questo non viene effettuato (*art.* 1088).

La legge punto non distingue, essa parla di qualunque donazione: sicchè non si potrà più dire come altra volte, che le donazioni in linea retta hanno sempre il loro effetto, anche quando non segua il matrimonio.

85. *Donazioni tra i conjugi, sia prima del matrimonio, sia durante lo stesso.*

86. In quanto ai conjugi, tutte le donazioni che essi si fanno nel loro contratto di matrimonio sono irrevocabili.

Le donazioni fatte durante il matrimonio, sebbene qualificate per donazioni tra vivi, saranno sempre rivocabili (*art.* 1096).

Irrivocabilità delle donazioni fatte per contratto di matrimonio . . . . . il matrimonio non avrebbe avuto luogo senza la donazione.

Rivocabilità delle donazioni fatte durante il matrimonio. . . . affinchè un conjuge, il quale avesse donato tutto, non si vedesse esposto al dispregio ed all' abbandono, e per non introdurre tra conjugi, i quali debbonsi tutta la loro affezione, dei fini d' interesse e di seduzione.

87. Questa stessa ragione ha fatto vietare ai conjugi di farsi durante il matrimonio veruna donazione scambievole con un solo e medesimo atto (*art.* 1094).

88. In quanto al valore delle disposizioni trai conjugi, sia per donazione, sia per testamento. fa d' uopo distinguere.

Se dal matrimonio, restano dei figliuoli, il conjuge sopravvivente non può avere che un quarto in proprietà ed un altro quarto in usufrutto, o la metà di tutti i beni in usufrutto solamente (*art.* 1094). Se la disposizione avesse ecceduto questi limiti, sarebbe ridotta proporzionalmente.

Era util cosa permettere che, anche in caso di figliuoli, il consorte sopravvivente potesse avere una porzione in proprietà sì per avvalersene nei suoi attuali bisogni, come per dare un appoggio al rispetto dovutogli dai suoi figliuoli.

Se non rimangono figli, il consorte sopravvivente potrebbe ricevere in proprietà tutto ciò che il defunto avrebbe potuto dare ad un estraneo. Egli avrebbe inoltre l' usufrutto della riserva che fosse dovuta agli ascendenti (*art.* 1094).

Sembrerebbe forse troppo rigoroso di privare gli ascendenti dell' usufrutto della riserva?

Questo significherebbe non voler lasciare la riserva se non ai loro eredi.

Ma ciò avviene pel favore del matrimonio. Per qual ragione la morte di uno dei conjugi dovrebb'essa cangiare la condizione dell'altro, specialmente per diritti che non sono aperti se non per lo stravolgimento della natura?

89. Appena che la sorte della donazione è stabilita, la legge più non se ne occupa.

È molto il dire che il secondo matrimonio dello sposo donatario non può affatto cangiare i suoi diritti.

Ciò non è perchè la legge abbia trascurato di parlare delle seconde nozze, ma per un' altra cagione.

L' esperienza di tutti i tempi ha provato quanto fosse necessario che la legge vegliasse perchè un secondo consorte non potesse pregiudicare a' figli, la cui origine di frequente non lascia che spiacevoli rimembranze.

Ecco perchè la legge non permette allo sposo rimaritato di donare al suo secondo conjuge più della parte di un figlio legittimo che prende il meno, vale a dire di colui il quale secondo le regole della riserva legale, raccoglie la più piccola porzione. E siccome può avvenire che la porzione di un figlio legittimo che prende il meno fosse maggiore del quarto, la legge punto non permette che queste donazioni possano giammai eccedere questa porzione, la quale costituisce l' ultimo termine della disponibilità in linea retta (*art.* 1098).

90. La simulazione degli atti e l' interposizione delle persone sarebbero dei vani sutterfugi.

« Saranno riputate fatte ad interposte persone le donazioni di uno dei conjugi ai figli o ad uno dei figli dell' altro conjuge avuti da un altro matrimonio, e le donazioni fatte dal donante ai parenti di cui il suo conjuge fosse erede presuntivo nel momento della donazione, ancorchè quest' ultimo non fosse sopravvissuto al donatario (*art.* 1099 e 1100). »

Sono riputate . . . . In questo caso la donazione sarà nulla per effetto della sola presunzione legale, senza che nondimeno le altre prove della interposizione fossero escluse relativamente a coloro che non sono nominatamente designati.

91. Qui ha termine la disamina del progetto.

Voi lo sapete, o tribuni, nessuna parte del codice civile era tanto desiderata, tanto impazientemente attesa; nessun'altra diverrà più presto l'oggetto delle meditazioni dei cittadini.

Ma per seguire una norma sicura nell'applicazione della legge, bisogna ehe essi si persuadeno beoe di questa verità ehe, in fatto di disposizioni a titolo gratuito, tutto è di diritto positivo, imperciocchè tutto è un' emaoazione ed una concessione del diritto civile, e ebe io tal modo nessuna cosa è permessa ebe non sia espressameote autorizzata.

92. Quanto noa si eleverà al di sopra dell' attuale sistema questa nuova legislazione!

Voi avete beaissimo vedato quaato i punti foodameotali di questa ouova teoria tendaoo ad ooorare la società.

Noo é forse il rispetto dei figli verso gli autori dei loro giorni una delle più salde basi della pubbliea morele?

La legge *delle donazioni e dei testamenti* sarà quella ebe avrà creato la vera saaz une della patria potestà.

La pubbliea morale . . . . Qoaato aon si troverà essa saldameate appoggiata sulla libertà illimitata ebe si acquisterà in linea eollaterale!

Voi cooescete qual sia da molti anni l'inquietudine che egita le famiglie: chi di aoi può ignorare i disordiai ai quali davansi tanti cittadini, per sottrarsi ad una legge ebe ineatenava le loro più dolci passioni, e ebe molti credevano poter eludere senza violare le regole della probitè e della eoscienza?

Per l'avveoire la simulezione non avrebbe nessuao scopo, dappoichè l'amicizia e la rioonoseenza potranno essere l' uaica guida degli uomioi nella disposizione dei loro beni.

Nelle regole dunque iadieate dalla legge noi dobbiaiao rieonoscere l'immenso beae che essa ei prepsra

Ia una parola, la vostre sezione di legislazione ba ereduto ehe il progetto del titolo *delle donazioni tra vivi e dei testomenti* era degno di far parte del eodice eivile, di questo gran monnmeato elevato dal genio e dalla saviezza e formere la gloria e la felicità della nostra patria.

La vostra aeziooe di legislazione vi propone, o tribuni, di voterne l'ammissioae.

V.

Discorso pronunciato dal signor Favard, *nella sessione del corpo legislativo del* 13 *fiorile anno* XI (3 maggio 1803), *nel presentare il voto di approvazione emesso dal tribunato.*

1. Legislatori, a voi ci preseatiemo per recare il voto del tribuaato in favore del progetto di legge formante il titolo II del lib. III del Codiee eivile, relativo *alle donazioni tra vivi ed ai testamenti*.

Il potere ebe più lusinga l'uomo oegli ultimi suoi momenti, ed aoche nel corso della sua vita, si è quello di disporre dei propri beni a piacimento delle sue affezioni. Questo è on bisogoo pel soo coore; è un diritto inereote alla proprietà.

La legge ehe regola l'uso delle proprietà non può, senza un rigore disapprovato dalla natura, rapire intieramente questo diritto al cittadino; ma ella aon può neppure, seoza una iodiseretezza oootraria alla politiea, lasciargli uoa illimitata libertà.

Volendosi oorreggere i vizi della nostra antiea legislazioe su tal soggetto, si commisero dei gravi errori di cui sonosi risentite le conseguenze. Si era troppo incatenata la voloatà dell' uomo; ella si era sottoposta a combinazioni troppo meschine.

Il progetto di legge che io vengo a preseotarvi è stato formato secondo i veri principi: lontano egualmente da no rigore eccessivo e de una libertà illimitata, esso concilia tutti gl' interessi, quelli della società, quelli delle famiglie, quelli fioalmeote dell'emicizia e della rieonoseenza.

Dovrò io presentarvi, o legislatori, tutte le considerazioni morali, eivili e politiche le quali han dato laogo alle disposizioni di questo progetto di legge? L' oratore del governo ed il relatare del tribuaato henno di già mietuto io questo fertile eampo. Ridotto, dopo di loro, a spignlare, e volendo oondimeno adempiere ad un ufficio di eui risento tutta l'importanza, io mi penso di non rimaaere al di sotto della mia missione, se mi stessi eonteato ad une semplice spiegazione ehe preseatasse lo spirito della legge. Questo, a mio credere, è un sicuro mezzo per rischiarare al maggior grado possibile le ragioni ehe debbouo determinare la vostra opioioae.

2. In primo luogo il progetto presenta delle disposizioni generali.

Nessuno potrà disporre dei propri beni a titolo gratuito se non per donazioae tra vivi o per testamento.

Le sostituzioni soao proibite.

Ma si eoafonderanno forse sotto il nome di sostituzioni: 1. le disposizioai eon le quali un terzo fosse chiamato a raeeogliere la donazione nel caso io cui il donatario non la raccogliesse; 2. la disposizioae per la quale si doaasse ad uno l' usufrutto, e la proprietà ad un altro?

In questi due easi vi è una specie di sostituzione; ma ael primo, il donatario, non raccogliendo, non può essere considerato come donatario.

Nel secondo, la disposizioae fatta in favore di uno limitaadosi all' usufrutto, il donante ha potuto disporre della nuda proprietà. È questa un beaeficio che si divide tra due persone.

Sicchè il progetto di legge non considera

queste disposizioni come tante sostituzioni; esso le permette.

3. Inoltre esso regola la capacità di disporre e di ricevere, considera l'uomo nelle sue diverse età, nei suoi differenti stati e nelle varie sue affezioni.

Esso lo guida e lo salva dai suoi errori e dalle sue debolezze, e, tranne il caso di matrimonio, gl'interdice qualunque disposizione prima dell'età di sedici anni.

Ai sedici anni, egli potrà donare la metà dei beni di cui potrà disporre il maggiore; ma egli non potrà farlo se non per mezzo di testamento: precauzione sommamente saggia, che gli risparmia dei rimorsi, non permettendogli di legarsi irrevocabilmente.

O che sia minore, o maggiore, egli non potrà fare, salvo il caso di parentela, se non dei legati rimuneratori ai dottori di medicina o di chirurgia, agli ufficiali di salute o ai farmacisti che l'han curato, ed al ministro del culto che l'ha assistito nella sua ultima malattia.

In veruno stato della sua vita avranno effetto le sue disposizioni in favore degli ospedali, dei poveri di un comune, o degli stabilimenti di pubblica utilità, se non quando saranno approvate da una disposizione del governo.

Da ultimo, la politica esigendo trai popoli una perfetta reciprocanza, il progetto non permette di disporre a favore di uno straniero se non nel caso che uno straniero potesse disporre a favore di un Francese.

4. Ma quale sarà mai la porzione disponibile dei beni?

Il progetto stabilisce primamente la porzione di beni di cui può disporre un padre. Egli pare che la legge potrebbe rimettersi ai padri in quanto alla disposizione dei loro beni. È cosa dolorosa il pensare che è necessario doversi la legge interporre tra essi ed i loro figli, quasi che ella fosse più savia della natura.

Ma quando i costumi non hanno più la loro prima purezza, quando molti esempi hanno attestato che i padri non sono sempre immuni dagli errori e dalle ingiuste preferenze; quando degli esempi più numerosi han provato la sregolata vita e l'ingratitudine dei figli, è bisognato certamente che la volontà generale mettesse dei limiti alla parzialità degli uni, ed un freno agli errori degli altri. È bisognato ancora, per altre ragioni, permettere ai padri di ricompensare i loro amici, di contraccambiare i benefici. Felici noi quando questa volontà coalizza gl'interessi della società ed il voto della natura!

La legge ha ottenuto questo scopo; essa distingue la linea retta dalla collaterale.

Nella prima, limita la volontà dell'uomo.

Nella seconda, la lascia intiera.

Se il padre non ha che un figlio, egli può disporre della metà dei suoi beni.

Se egli ne ha due, non può disporre che del terzo.

S'ei ne lascia tre o un maggior numero, non può disporre che del quarto.

Se il defunto non lascia niun figliuolo, ma degli ascendenti nelle due linee paterna e materna, ei non potrà disporre che della metà dei suoi beni; potrà disporre de' tre quarti, se lascia degli ascendenti in una sola linea.

La libertà illimitata di disporre in linea collaterale ha provato delle difficoltà. Coloro, che vi si opponevano, consideravano i fratelli come eredi naturali di una parte de' beni de' loro fratelli.

Certamente i legami, che uniscono due esseri usciti dallo stesso padre, allevati insieme, chiamati a dividere i beni provenienti dalla stessa sorgente, debbono far nascere delle affezioni dolci e durevoli; ma tutto ciò non fa acquistare un diritto irrevocabile. I fratelli erediteranno da' loro fratelli in forza della legge, se non v'ha disposizione contraria, e, se vi sono disposizioni contrarie, gli è perchè delle affezioni più dolci e più potenti l'hanno vinta sull'affetto che il fratello avea saputo ispirare al suo fratello.

Vi posson essere de' fratelli ingiusti, o pure traviati da forti passioni. Ma il legislatore può egli prevenire tutti gli abusi? Il fratello ingiusto, il fratello traviato non avrebbe sempre dei mezzi come eludere la legge che impedisse la sua libertà?

Che il padre sia forzato a lasciare una parte de'suoi beni, è questo un dovere che la natura gl'impone prima della legge.

Che il figlio ed il nipote sieno obbligati pure a lasciare ai loro ascendenti una parte de'loro beni, è questo anche un dovere che la natura e la riconoscenza loro impongono d'accordo colla legge.

Quando questi primi rapporti non esistono più, o che l'uomo ha soddisfatto a ciò che essi gli comandavano, la legge deve forse obbligarlo ancora a lasciare una porzione dei suoi beni a quello de'suoi fratelli di cui avesse a lagnarsi?

Se l'amicizia regna fra loro, il fratello non sarà spogliato dal fratello.

Ove i benefizi non abbiano forza sul suo cuore, la legge non può interporre la sua autorità; essa lo può e lo deve, quando trattasi di un figlio riguardo al padre, o di un padre riguardo al figlio, perchè i buoni costumi e la natura sarebbero ugualmente oltraggiati se il figlio potesse essere impunemente ingrato, e se il padre potesse ricusare agli esseri ai quali ha dato la luce i mezzi ch'ei può loro procacciare per vivere con decenza nella classe fra cui li ha fatti nascere.

Osservate di fatti, legislatori, che la legge ha dato al padre il diritto terribile di punire il figliuolo ingrato, ed il diritto sì consolante di

ricompensare il figliuolo degno della sua bontà. E perchè ricuserebbe al fratello il diritto di punire il fratello di cui ha a lagnarsi, quello di ricompensare il fratello di cui ha a lodarsi, il diritto ancora di spandere i suoi benefici sopra un amico cui il suo cuore può preferire ai collatorali più prossimi, quando ha ragione di esserne mal contento?

Il suo cuore potrà travinre la sua mano, ciò è vero, ma per alcuni fatti particolari che affliggono lo spirito del legislatore, dovrà il legislatore sacrificare la generalità dei fatti? E non bisogna convenire che i grandi errori, le grandi passioni che pervertono i costumi sono rari, e che il corso generale della vita offre dei fatti di cui le famiglie non debbono nè arrossire, nè lamentarsi?

Lasciam dunque la natura a sè stessa quando ciò si può fare senza pericolo, e mettiamo alla libertà dell'uomo i soli limiti di cui la sua debolezza ha bisogno.

L'interesse rompe spesse volte i legami del sangue. Che quest'interesse li unisca, che il fratello incapace di amare suo fratello senta nel suo cuore traviato, che bisogna almeno che il suo odio non si manifesti! I suoi sguardi diretti dalle convenienze diverranno per lui una abitudine, e lo meneranno per gradi e quasi senza sua saputa all'amicizia.

Che colui il quale non sarà tanto felice per apprezzare un sentimento sì dolce, per sentire ch'ei debba fargli dei sacrifizi, che sarà incapace di qualche virtù, senta almeno ch'ei debba cedere alla necessità ed al suo proprio interesso!

E ciò basta: poichè di qual cosa ha bisogno la società? Delle virtù sempre pure? È una chimera il pretenderle; le bastano delle virtù morali ispirate dalle relazioni, comandate dal bisogno ed il cui risultamento è sempre la concordia e l'unione dei membri delle famiglie, virtù che sole fanno la forza della società, e sole garantiscono i costumi dall'influenza delle divisioni scandalose.

Ma la legge deve o pur no permettere ai padri di donare ai loro figli la porzione disponibile? Non si dà luogo forse così ad una ineguaglianza contraria ai nostri principî?

Questa ineguaglianza che si è creduto di poter istabilire è ancora una chimera. Noi siamo ben convinti adesso e possiamo di buona fede confessare esser impossibile che ella si avveri.

L'ineguaglianza delle facoltà è inevitabile, ed è il risultamento necessario della natura dell'uomo e dello stabilimento delle società. Essa avrà sempre luogo relativamente alle facoltà fisiche, morali ed industriali, e questa disuguaglianza porterà sempre seco quella dei patrimoni. Finalmente o legislatori, sia lontana da voi quella fallace teoria, che ha potuto affascinare per taluni momenti gli spiriti. Fissate piuttosto i vostri sguardi sul bene che può produrre la legge che dà ai padri il potere di ricompensare quel figlio che ha saputo rendersi benemerito, e di far sperare a tutti questa ricompensa la quale è tanto dolce per colui che è abbastanza felice per sentirne il valore.

L'esperienza fattasi della legge del 4 germinale anno VIII, contro della quale talune persone sono insorte con tanta perseveranza, ma sempre senza successo, giustifica sufficientemente il sistema approvato dal progetto.

Che non si venga qui ripetendo che l'interesse non dev'esser offerto ai figli come una ragione per far sì che essi s'inducessero a prestare ai loro genitori le cure e gli omaggi a cui per natura o per riconoscenza sono tenuti.

Egli è sanza dubbio molto grato il pensare che la natura e la riconoscenza debbono parlare assai fortemente al cuore di un figlio; ma sventuratamente l'esperienza ci ha provato che questo non è molto vero, e se l'interesse può aggiungere qualche grado di forza a questi due sentimenti, perchè mai avrebbesi a trascurare? Il legislatore non deve forse mettere in azione tutte le molle del cuore umano per farne nascere tutte le virtù? E quando se ne vede l'effetto, fa d'uopo forse inquietarsi della causa? Allorchè un capo-lavoro colpisce i nostri occhi, vi occupate voi a scovrire i mezzi grossolani pei quali è desso pervenuto a tale perfezione? Lasciamo all'uomo i difetti inerenti alla sua natura, la grande arte del legislatore consiste nel rivolgerli al bene generale della società.

Il progetto di legge a ciò tende, allorchè permette al padre di donare la porzione disponibile all'uno dei suoi figli, purchè la disposizione sia stata fatta espressamente a titolo di prelegato e di anteparte, e per opporre il suggello a questa disposizione benefica, esso ha detto: « La dichiarazione che la donazione o il legato è a titolo di prelegato o anteparte potrà esser fatta, sia con l'atto che conterrà la disposizione, sia posteriormente nella forma delle donazioni tra vivi e dei testamenti ».

5. Il progetto si occupa di poi della riduzione delle donazioni e dei legati. Le disposizioni le quali eccederanno i limiti posti dalla legge sono riducibili; ma questa riduzione non potrà esser dimandata se non da coloro a cui favore la legge stabilisce la riserva, dai loro eredi, cessionari o creditori. I donatari, i legatari e i creditori del defunto non potranno dimandarla.

Si è molto disputato sulla quistione se i creditori del defunto potessero esercitare i loro diritti sui beni ricuperati in virtù di questa riduzione.

Per l'affermativa diceasi che i figli non potrebbero domandare la riduzione se non a titolo di eredi, che quindi essi troverebbonsi ob-

Digitized by Google

bligati di pagare i debiti posteriori alla donazione; che inoltre era giusto che un figlio non profittasse di veruna cosa trovata nella successione di suo padre prima di aver pagato i suoi debiti.

Innanzi tratto i figli non domandano la riduzione nella qualità di eredi; questo è tanto vero che la porzione donata la quale diminuiva la riserva legale, era separata dalla successione. I figli l'acquistano contro del donatario, e la riprendono tanto libera quanto la era nelle sue mani; ora nelle sue mani essa trovavasi franca dei debiti dal donante contratti posteriormente alla donazione.

Inoltre la legge può decidere su di un diritto positivo, allorchè questo non nuoce agl' interessi dei terzi. Ora i creditori che non hanno il diritto di domandare la riduzione, non possono dolersi che questa torni in vantaggio di coloro a'quali la legge permette di domandarla, dappoichè essi non sarebbero meglio trattati quando la riduzione non fosse dimandata. Eglino non mai hanno avuto il diritto di domandare sui beni donati il pagamento dei crediti posteriori alla donazione, imperciocchè i beni donati non sono stati mai obbligati ad essi. Il perchè, non soffrendo per la riduzione la perdita di verun diritto, non debbono esercitarne veruno sui beni ricuperati mediante la stessa.

Ognuno è colpito dall'idea che un figlio non deve punto godere de'beni che un tempo sono s'nti di pertinenza del padre ed essere dispensato dal pagare i suoi debiti. Però non è questo se non quando trattasi di beni, su dei quali i creditori hanno dovuto far conto contrattando col padre, ma lo scrupolo prodotto da un sentimento liberalissimo non è punto ragionevole, allorchè trattasi di beni che i creditori non hanno potuto giammai considerare come un pegno, dappoichè essi non formavano più la proprietà del loro debitore.

Il modo di procedere alla riduzione è uniforme a'principî della più sana dottrina.

Le donazioni non verranno ridotte se non dopo di aver esauriti tutt'i beni compresi nelle testamentarie disposizioni.

Se dopo avere esauriti questi beni, la riduzione non è completa, si addenterà l' ultima donazione e così successivamente risalendo alla più antica.

E allorchè il valore delle donazioni tra vivi eguaglierà la quota disponibile, tutte le disposizioni testamentarie saranno caduche.

Ma nel caso delle testamentarie disposizioni se il testatore ha dichiarata la sua volontà che tal legato venga soddisfatto in preferenza degli altri, questa preferenza avrà luogo, ed il legato non verrà ridotto, se non quando il valore degli altri non compisse la riserva legale.

Così trovasi conservata questa massima di dritto romano, *dicat testator, et erit lex*; così ancora è mantenuta una massima ugualmente sacra che vuole che il testamento non debba prevalere sopra una donazione, dappoichè un atto sinallammatico non può essere annientato dalla volontà di uno dei contraenti.

6. La donazione fra vivi, per essere valevole, dev'essere accettata, ed il modo in cui tale accettazione potrà essere fatta per gli assenti, pei minori, per le donne, pe'sordi-muti, per gli ospizi o stabilimenti di pubblica utilità, è uniforme alle antiche leggi.

La donazione de'beni suscettivi di ipoteca sarà trascritta, e la mancanza di trascrizione potrà esser opposta da tutti coloro che vi hanno interesse, eccettuato il donante e le persone incaricate di far eseguire la trascrizione o dai loro aventi causa.

7. La donazione è per sè stessa irrevocabile, se è uniforme alle regole prescritte dalla legge.

Ma l'ingratitudine, la sopravvegnenza dei figli, la non esecuzione delle condizioni sotto delle quali essa è stata fatta, la rendono rivocabile.

L'ingratitudine si appalesa con le insidie tese alla vita del donante, coi delitti, sevizie o gravi ingiurie di cui il donatario si sarà reso colpevole verso il donante, finalmente col rifiuto di alimenti.

8. Le donazioni a contemplazione di matrimonio vengono eccettuate dalla rivocazione per causa d'ingratitudine, e voi ne comprendete la ragione; esse sono meno una liberalità in favore del donatario, che una convenzione fra due famiglie, relativa ad una unione che deve dare la vita a dei figli chiamati a raccoglierla.

Ciò non pertanto tali donazioni saranno rivocabili per la sopravvegnenza di un figlio legittimo, ovvero per la legittimazione di un figlio naturale avvenuta pel sussegnente matrimonio, se saranno fatte da altre persona diverse dai coniugi o loro ascendenti. Ed è giusto che deve così avvenire. Dappoichè gli estranei non hanno le stesse ragioni degli ascendenti e degli sposi per donare, e però è naturale di pensare ch'essi non avrebbero donato, se avessero avuto de'figli, ovvero se avessero potuto credere di averne.

9. Ma la sopravvenienza de' figli deve per intiero render nulla la donazione? Non sarebbe più convenevole di lasciar sussistere la donazione per la parte solamente di cui il donante può disporre, quando ha de' figli? Perchè togliere al donatario quello che in tal caso il donante avrebbe potuto dargli? Questa idea sembra molto giusta; ma bisogna considerare che disporre di una porzione de' propri beni, quando si tengono figli, non è cosa necessaria; non è certamente un dovere imposto dalla legge, ma è una pura facoltà che accorda, e di cui ben può dirsi che il donante non avreb-

be fatto uso,se avesse avuto de'figli. Del resto, la rivocazione non impedirà al donante di donare con un novello atto la parte disponibile, s'egli ne abbia avuto il pensiero, malgrado la sopravvenienza de'figli.

Indarno dicesi che moltissimi esempi hanno dimostrato, che de'donanti, in odio del donatario, sono ricorsi al matrimonio, ed ancora a matrimoni non proporzionati, per avere un figlio il quale rivocar facesse la loro liberalità.

Tali esempi non possono punto determinare il legislatore. Il donatario non va esente da rimprovero allora quando il donante s'induce a punirlo.

Egli non si è dato a conoscere abbastanza ingrato per autorizzare il donante a domandare la rivocazione della donazione per causa d'ingratitudine, ma non è stato a sufficienza riconoscente perchè il donante abbia ad applaudirsi della sua generosità.

Il donante non può che ricavar profitto da tale disposizione di legge; ed in verità non merita egli maggiori riguardi per parte del legislatore che non il donatario, il quale non fa conservare per lunga durata quel sentimento a cui deve il beneficio ricevuto?

Finalmente l'interesse del figlio il quale è nato dopo la donazione è potentissimo, e deve prevalere sopra qualsiasi altra considerazione.

Una volta che ha avuto effetto la rivocazione, la donazione non può più rivivere, ancorchè morisse il figlio, a meno di una nuova disposizione.

10. La rivocazione avverrà di pieno dritto per la sopravvenienza dei figli.

Essa deve in soli due casi domandarsi, 1° per ingratitudine, 2° per la non esecuzione delle condizioni. S'essa viene domandata per causa d'ingratitudine, lo dev'essere fra l'anno dal giorno in cui il donante avrà avuto scienza del delitto.

Queste due specie di rivocazione, delle quali una avviene di pieno dritto, e l'altra dev'essere domandata, hanno dovuto stabilire una differenza nella restituzione de'beni donati.

11. Così, nel caso della rivocazione per la sopravvenienza de'figli, i beni donati rientreranno nel patrimonio del donante, liberi da qualsiasi peso ed ipoteca per parte del donatario.

Lo stesso avverrà nel caso della rivocazione per la inesecuzione delle condizioni.

In verità, le condizioni di cui una donazione può venire gravata sono infinite. Ve ne ha di quelle le quali dipendono comunemente dalla volontà del donatario, ve ne sono delle altre le quali dipendono in parte dalla propria volontà ed in parte da quella di un terzo, ve ne sono di quelle in fine le quali dipendono da avvenimenti estranei al donatario. Si è opposto che la rivocazione non dovea produrre lo stesso effetto per la non esecuzione di tutti i generi di condizioni; e che appartiene a'tribunali di ponderare tutte le circostanze ed i casi di rivocazione per causa di inesecuzione delle condizioni, in cui i beni dovrebbero rimanere gravati da'pesi che dipendono dal fatto del donatario, ed i casi ne'quali essi dovrebbero essere liberati.

Ma, sia che le condizioni dipendano dalla sola volontà del donatario, sia che esse dipendano ancora dalla volontà di un terzo, sia finalmente che esse siano subordinate ad avvenimenti indipendenti dalla sua volontà o da quella di qualunque altro, i dritti del donante ovvero de'suoi eredi, e quelli de'creditori del donatario, debbon essere gli stessi.

Da una parte il donante non ha voluto spogliarsi de'beni donati che nel caso in cui le condizioni che egli ha imposto alla sua liberalità sarebbero eseguite.

Dall'altra, il donatario ha dovuto conoscere che la mancanza di esecuzione delle condizioni trascinerebbe seco la rivocazione della donazione, e che però egli non ha nè dovuto nè potuto valevolmente gravare l'oggetto della donazione di pesi estranei al donante, prima dell'esecuzione delle condizioni.

I creditori, per parte loro, non hanno dovuto più ignorare le condizioni della donazione che la donazione istessa.

Se la condizione dipende dalla volontà sola del donatario, il creditore ha seguito la fede del donatario, e non ha a dolersi se quest'ultimo, non adempiendo la condizione, lo priva del suo dritto sull'oggetto donato.

Se la condizione dipende in parte dalla volontà del donatario ed in parte da quella di un terzo, il creditore deve a sè stesso imputare di aver seguito la fede del donatario e quella del terzo. In questo caso, come nel primo, egli non ha punto a dolersi.

Finalmente se la condizione dipende da avvenimenti estranei al donatario, il creditore, libero di prestare o non prestare, non può che incolpar sè stesso pel poco accorgimento di abbandonare i suoi fondi sulla credenza di avvenimenti incerti.

Voi comprendete, legislatori, che in tutte queste ipotesi, la legge è egualmente giusta.

Voi comprendete ancora che, nel caso di sopravvenienza di figli come in quello d'inesecuzione delle condizioni, non vi è stato nulla di certo pel creditore: che tanto nell'un caso, come nell'altro, il diritto più prezioso da conservarsi è quello del donante, il quale non ha avuto l'intenzione di spogliarsi; nel primo se gli nascono de'figli, nel secondo s'egli non ottiene dal donatario la esecuzione delle condizioni che ha imposte alla sua liberalità.

In riguardo alla rivocazione per causa d'ingratitudine, sia che possa essere naturale il

Digitized by Google

supporre che il creditore non possa prevedere che il donatario se ne rendo colpevole, sia che possa essere giusto il credere che il donaote gli perdonerà, il progetto stabilisce che questa rivocazione non porterà pregiudizio nè alle alienazioni fatte dal donatario, nè alle ipoteche ed altri pesi reali che avrà potuto imporre sull'oggetto della donazione prima della domanda di rivocazione.

12. Finalmente, come il dritto di rivocazione sostiene la natura, i buoni costumi e l'interesse del matrimonio, il donante non può rinunciarvi. Una somigliante clausola sarebbe nulla.

13. In quanto al dritto di riversione, talune consuetudini l'ammettono senza stipulazione; talune altre non l'ammettono che nel caso in cui esso trovasi stipulato.

Tale dritto è giusto, ma è d'uopo che sia riserbato; ecco il vero principio. Il progetto di legge lo consacra. Quando è riserbato, i creditori non hanno punto a dolersi, dappoichè hanno essi potuto conoscere la stipulazione come la donazione.

14. Io mi fo ora a parlare delle disposizioni testamentarie. Il progetto da le regole generali sulla forma de'testamenti.

15. Qualunque persona potrà disporre per testamento olografo, pubblico o mistico, sia sotto il titolo d'istituzione di erede, sia sotto il titolo di legato universale o particolare, sia sotto qualunque altra denominazione atta a manifestare la sua volontà.

Le forme particolari a ciascuno di questi tre testamenti sono chiaramente espresse.

Dippiù, il progetto dà delle regole particolari sulla forma de'testamenti militari, di quelli che verranno fatti in un luogo col quale qualunque comunicazione è interrotta per causa della peste o di qualunque altro malattia contagiosa; e di quei testamenti che verranno fatti in mare nel corso di un viaggio.

Bisognava regolare la forma del disporre per quei Francesi i quali trovansi in paese straniero, ed il progetto di legge permette loro di far testamento per atto sotto firma privata, come in Francia, ovvero per pubblico atto, con le forme prescritte dal luogo in cui verrà formato.

Finalmente tutte le formalità sono di rigore, e lo loro inosservanza rende nulli i testamenti.

16. Dopo aver istabilito le regole sulla forma de' testamenti, il progetto spiega le differenti specie di testamentarie disposizioni, e gli effetti di ciascuna di esse.

17. Per dritto romano, l'uomo nominava un erede.

Nel diritto consuetudinario, non ricevevasi che dalla legge il titolo di erede, e l'uomo non istituiva che de' legatari universali.

Oggi di un solo codice regge ò la Francia intera: bisogna dunque che esista una maniera uniforme di disporre. Si potrà per testamento istituire un erede o un legatario; ma, sotto l'una e l'altra denominazione, i diritti saranno gli stessi.

È stato d'uopo conservare la facoltà d'impiegare la denominazione di erede per non derogare troppo agli usi. La parola resterà dunque, ma l'effetto della istituzione dell'erede essendo lo stesso che quello del legatario, il dritto sarà uniforme, ovvero per ispiegare l'idea più semplicemente, l'una di queste parole sarà sinonima dell'altra.

Così svanirà la varietà del dritto antico; dappoichè il titolo di erede presentava un'altra idea, ed andava soggetto ad altre leggi che non il titolo di legatario universale.

Non si distinguerà che l'erede legale o naturale, e l'erede istituito ovvero legatario.

18. L'erede per legge, a cui una quota dei beni viene riserbata, trovasi in possesso dei beni della successione di pieno dritto, e da ciò deriva nei nostri principî la conseguenza che l'erede istituito o il legatario dovrà domandare il possesso di ciò che il testatore avrà disposto in suo favore sotto l'uno o l'altro titolo.

Se il defonto non lascia erede al quale la legge riserbi una quota dei beni, allora il possesso legale è nelle mani dell'erede istituito o legotario universale, il quale deve in questo caso fare la consegna de' legati particolari.

19. In conseguenza de' nostri antichi principî, la cosa altrui poteva essere legata, quantunque il testatore sapesse che questa punto non gli appartenevo. Questa decisione era più fondata sulle sottigliezze che sulla ragione.

Allorchè il testatore conosce che la cosa che lega non gli appartiene, viene a formare un legato derisorio; quando poi egli l'ignora, vi è errore: in questi due casi, il legato dev'essere nullo. È così che il progetto di legge decide.

20. Esso non contiene verun cambiamento notevole sulla nominazione, le funzioni ed obbligazioni degli esecutori testamentari. Queste sono presso a poco le stesse che nell'antico dritto.

21. Sulla rivocazione de'testamenti si è allontanato dal principio in conseguenza del quale il testamento era considerato rivocato da un altro posteriore. Si credeva che tale era stata la idea del testatore.

Questa presunzione poteva essere contraria alla verità. La legge non deve stabilire che delle presunzioni certe ed infallibili. È dunque convenevole pretendere che il secondo testamento contenga la dichiarazione del cambiamento di volontà. Questo è appunto ciò che stabilisce il progetto, il quale decide che i testamenti posteriori, i quali non rivocheranno in una maniera espresso i precedenti, non an-

Digitized by Google

nullano in questi ultimi che quelle disposizioni le quali saranno incompatibili con le nuove ovvero che loro saranno contrarie.

22. Il dritto di accrescere aveva dato origine a difficoltà senza numero. Si rinvengono negli autori sia del dritto scritto, sia del dritto consuetudinario delle sottili discussioni, più atte a farci smarrire che a rischiararci su di un punto di dritto che sembrava inestricabile. Il progetto fa svanire qualunque controversia per la maniera di specificare i casi ne' quali vi sarà luogo ad accrescimento in vantaggio dei legatari.

« Il legato, dic' egli, si riputerà fatto *congiuntamente*, allorchè sarà fatto mediante una sola e medesima disposizione, e che il testatore non avrà assegnata la parte di ciascuno de' collegatari nell'oggetto legato ».

« Sarà ancora riputato fatto *congiuntamente*, quando una cosa, la quale non è suscettiva di divisione senza deteriorarsi, sarà stata donata col medesimo atto a molte persone, ancorchè separatamente ».

23. Giungo ad un punto molto difficoltoso, quello cioè delle sostituzioni. Voi conoscete quanto si è scritto pro e contra dai primi giorni della rivoluzione fino a questo momento.

Le sostituzioni sono state stabilite su di un ottimo principio, ma l'abuso erasi introdotto in questa parte del nostro diritto, come in molte altre.

Le ordinanze de' Re di Francia, che hanno cercato di ricondurle ne' limiti più stretti, attestano questa verità.

Lo stesso abuso aveva profondamente attaccato l' assemblea costituente; essa non ebbe che il tempo di farlo osservare a' legislatori che doveano succederle, ed avvenne quello che avviene sempre ne' primi momenti in cui la riforma esercita la sua potenza.

La convenzione nazionale (1) oltrepassò il termine nel quale è stabilita la linea sulla quale riposano gl' interessi di tutti.

Le sostituzioni percorrevano tre stadî; questo era troppo.

Esse erano in favore de' primogeniti a quindi di maschio in maschio, ed i beni non pervenivano alle figlie che in mancanza de' maschi. La preferenza era odiosa ed ingiusta.

Si corresse questo eccesso col contrario eccesso, abolendosi intieramente le sostituzioni.

Finalmente si vede risplendere il giorno in cui la ragione può farsi sentire dopo del regno procelloso della riforma. Si è capito che tutto distruggere era un abuso; che non bisognava sempre e troppo dare ascolto all' odio contro le istituzioni le quali erano invecchiate con de' vizî; che il generale interesse dovea addolcire questo sentimento, e condurlo verso una giusta combinazione fra ciò ch' è pericoloso e ciò che potrebbe essere utile.

È appunto per questo fine che il progetto di legge stabilisce:

1° Che i beni di cui i padri e le madri avranno la facoltà di disporre, potranno essere donati col peso di restituirli a' figli nati e nascituri, al primo grado solamente da' donatari;

2° Che queste disposizioni non saranno valevoli se non quando il peso della restituzione sarà in profitto di tutt' i figli senza eccezione, nè preferenza di età o di sesso;

3° Che questo dritto acquistato dai figli del donatario passerà per effetto della rappresentazione a' nipoti, il di cui padre fosse morto prima di averlo raccolto.

Queste restituzioni, del resto, saranno soggette a talune formalità che il progetto di legge spiega con molta precisione.

24. Il progetto accorda a' padri, alla madri e ad altri ascendenti, la più dolce magistratura, confidando loro il potere di fare fra i loro figli la divisione de' loro beni.

Il legislatore ha dovuto prevedere il caso in cui questa divisione non fosse generale, e quello in cui si ledessero gl' interessi di uno dei figli.

Nel primo caso, vale a dire se la divisione non è avvenuta fra tutti i figli, sarà intieramente nulla.

Il padre prova, con questo atto, ch' egli ha dimenticato uno de' suoi figli, che si è molto occupato degli altri, ed in conseguenza che non ha con imparzialità adempito alla magistratura che la legge gli aveva confidata.

Nel secondo, quello de' figli, che si crederà leso al di là del quarto, potrà impugnare la divisione, perchè l' eguaglianza deve regnare nella divisione fatta dal padre, come in quella che i figli fanno essi stessi fra di loro, dopo di aver raccolto la successione de' loro autori.

25. Termino con le donazioni le più favorevoli, intendo dire di quelle fatte in contemplazione di matrimonio, ovvero durante lo stesso matrimonio. Nulla havvi di più sacro, senza dubbio, di tutto ciò che tende a formare una sì santa unione, alla quale il legislatore deve accordare tutta la sua protezione, ad oggetto di assicurarne la durata e la prosperità.

Ecco il perchè il progetto accorda a' padri e alle madri, agli altri ascendenti, ai parenti collaterali degli sposi, ed anche agli estranei, il diritto di donare per contratto di matrimonio tutti o parte de' loro beni che si troveranno all' epoca della loro morte, tanto in vantaggio degli sposi che de' figli nascituri dal loro matrimonio nel caso in cui il donante sopravvivesse allo sposo donatario.

Sembrerebbe, stante la generalità di tale disposizione, che il legislatore permetta di ol-

(1) Vedi i decreti de' 25 ottobre e 14 novembre 1792. (*Nota dell' oratore*).

Digitized by Google

trapassare, in favore del matrimonio, i limiti di sopra stabiliti relativamente alla libertà di disporre, ma egli spiega la sua idea con un susseguente articolo col dire che tali donazioni saranno, nel tempo dell'apertura della successione del donante, riducibili alla porzione di cui la legge gli accordava la facoltà di disporre.

I soli favori che l'interesse del matrimonio abbia fatti ammettere, sono che le donazioni contenute in questo contratto non saranno nulle per mancanza di accettazione, che potranno essere fatte comulativamente dei beni presenti e futuri in tutto o in parte, e che non potranno essere rivocate con altre disposizioni a titolo gratuito, a meno che non sia per tenue somma, sia a titolo di ricompensa o altrimenti.

26. Dopo di aver regolato ciò che gli sposi potranno ricevere per contratto di matrimonio dai loro parenti e dagli estranei, bisognava regolare i vantaggi che potrebbero loro esser fatti per contratto di matrimonio e con altri atti susseguenti. È appunto questo che forma l'argomento dell'ultimo capitolo del progetto.

Nel contratto matrimoniale gli sposi potranno farsi quella donazione che crederanno a proposito. Quella dei beni presenti e futuri non sarà considerata fatta sotto la condizione di sopravvivenza del donante, se questa condizione non è formalmente espressa. La donazione de' beni futuri non sarà trasmessibile ai figli nati dal matrimonio, in caso di morte dello sposo donatario, prima dello sposo donante.

Durante il matrimonio, uno sposo se non ha figli o discendenti, potrà donare all'altro tutto ciò che potrebbe donare ad un estraneo, ed inoltre anche l'usufrutto della totalità della porzione che la legge riserba.

Nel caso in cui lasciasse de' figli e discendenti, potrà donare all'altro un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto, ovvero la metà di tutti i suoi beni in usufrutto.

E per evitare l'effetto delle sorprese che potrebbero esser fatte da un coniuge all'altro, il quale mettendo in opera molto a proposito le lusinghe di un finto affetto, si facesse fare una donazione di cui cessasse di esser degno, la legge permette al coniuge donante di rivocare la sua liberalità; la moglie per questa rivocazione non avrà bisogno di essere autorizzata: disposizione infinitamente savia, poichè risparmia al benefattore de' dispiaceri, e gli permette di darsi senza pericolo a quella sua benefica inclinazione.

Finalmente era necessario vietare le donazioni indirette fra i conjugi, per mezzo di persone interposte, della porzione di beni, che essi non possono scambievolmente donarsi: il progetto di legge le vieta, e l'ultimo articolo specifica con la maggior chiarezza possibile i casi ne' quali le donazioni saranno stimate fatte a persone interposte.

27. Tal si è, o legislatori, l'analisi di una legge sì importante che sono stato incaricato di presentarvi.

Il tribunato ha dato il suo voto per l'ammissione. Esso vi ha consacrati i principj antichi i quali aveano avuto il consentimento generale, e quello di tutt'i tempi, come anche i nuovi principj reclamati dall'esperienza e dalla giustizia.

La libertà di disporre vi è stata tanto estesa, per quanto permettere lo potevano l'interesse delle famiglie e quello della società.

I due modi di disporre, per donazione fra vivi o per testamento, sono soggetti a formole invariabili.

Le sostituzioni sono proibite; esse vengono supplite da disposizioni, le quali conservano ciò ch'esse aveano di utile.

Le rinunzie de' beni sono egualmente soppresse. Una istituzione soggetta a minori abusi permette a' padri di dividere, durante la loro vita, i proprj beni fra i loro figli.

Ciò che gli sposi possono ricevere, ciò che possono donarsi, tutto è regolato con una savia economia.

Fin oggi le leggi hanno variato sul grado di liberalità di cui l'uomo deve godere nella disposizione dei suoi beni. Poichè esse non erano fondate sulle vere massime dell'ordine pubblico e della natura, non potevano essere durevoli: esse non hanno dovuto avere che la esistenza degli errori i quali vengono a dissiparsi allorchè la ragione fa risplendere la sua face, il cui splendore è tanto maggiormente vivo, per quanto essa è stata più luogo tempo oscurata dalle passioni.

La legge proposta è lontana da temere una simile sorte. Se la sua durata deve calcolarsi sopra la saviezza delle sue disposizioni, si può predirle ch'essa diverrà il codice de' secoli avvenire; essa è in armonia col dritto inerente a la proprietà, con le affezioni dei padri e degli sposi, coi doveri dei figli verso gli autori de' loro giorni, coi riguardi che i parenti collaterali debbonsi reciprocamente per mantenere fra di essi quella pace, quella unione, le quali formano l'incanto della società, e sono i primi garanti della purezza dei pubblici costumi, i quali si compongono de' costumi particolari. È cosa piacevole, legislatori, nel terminare questa sessione, di portar seco questa lusinghiera speranza, e poter dire che, dopo le lunghe sofferenze rivoluzionarie, si è finalmente giunto a dare al popolo francese le leggi le più savie, almeno quelle le quali convengono

ad una società di uomini, i quali hanno conquistata la libertà, e che ne conoscono tutto il prezzo.

28. Sono queste le considerazioni, o legislatori, le quali hanno determinato il voto di ammissione del tribunato, esse vi determineranno senza dubbio a dare al progetto di legge la sanzione di cui ha bisogno.

LEGISLAZIONE COMPARATA

(DAL SAINT-JOSEPH).

Noi non abbiamo alcuna osservazione importante da presentare sull' apertura delle successioni, sui testamenti e sulle donazioni tra vivi, tutte queste materie traggono loro origine dal dritto romano adottato in quasi tutti i paesi. Rivolgeremo soltanto l'attenzione su talune disposizioni relative alle donazioni.

Così, ovunque la riserva di una parte più o meno estesa è creata in favore degli ascendenti o discendenti diretti; ma a Napoli (848), in Sardegna, nella Luigiana (1609) ed in quasi tutti gli altri paesi, tranne in Olanda ed in Haïti, che sotto questo rapporto non han punto deviato dalle disposizioni del Codice francese, gli eredi necessari possono essere esclusi dalla loro legittima per causa d' indegnità purchè, conformemente alla legge romana, le causa ne sia stata espressa. In Francia si è stabilito a favore de' figli un dritto di proprietà, di cui niuna causa può diseredarli, perchè si son volute evitare le discussioni intestine ed i dibattimenti affliggenti, a cui daven sempre luogo le cause di diseredamento.

L' irrevocabilità delle donazioni è un principio ammesso in tutti i Codici e le eccezioni additate dallo art. 953 C. Fr. son presso a poco le stesse. Unicamente il Codice di Haïti, avendo voluto sotto un punto di vista politico assicurare ed estendere la proprietà, à non solo respinta ogni specie di eccezione, anche quella per causa di sopravvegnenza di figli, ma à eziendio permesso di disporre per donazione della integrità della propria fortuna. Si può mettere questa disposizione, come punto di paragone de' costumi e degli usi in uno stesso mondo, a canto a quella dello art. 1484 del Codice della Luigiana, il quale dice: « Che la donazione è nulla, se il donatore non si riserva de' mezzi di esistenza. »

Il Codice prussiano va molto più innanzi, poichè dice (art. 1111): « che se il donatore à donato al di là della metà della sua fortuna, il giudice può esaminare se non v'à luogo a nominargli un curatore come ad un prodigo.

Si trova nello art. 888 del Codice napolitano una disposizione importante, modificativa dello art. 963 del C. F., secondo cui la moglie del donatario non à alcun dritto, per la restituzione della sua dote su' beni donati, quando la donazione è rivocata di pieno dritto. Il legislatore delle due Sicilie à pensato che i dritti della moglie non dovevano esser così sacrificati. Volendo dunque far rispettare de' diritti, che non sono stati confidati al marito se non sulla fede di una garenzia, affetta, ma sussidiariamente, i beni compresi nella donazione alla restituzione della dote.

In quanto alle sostituzioni fedecommissarie che in Francia (1896) viziano l'atto per intiero, tranne nel caso della legge del 1826, questo principio non ha lo stesso rigore a Napoli (943), nè in Sardegna (1148); chè la sola sostituzione è annullata, e non mica l'istituzione medesima.

In Alemagna le sostituzioni pupillari giudiziarie sono in vigore con riserve e restrizioni; ma non lascian però di esistere. Si osserva anzi che, in certe condizioni, il Codice prussiano permette di creare de' fedecommessi di famiglia perpetui (titolo 4, part. 2, sez. 3), e che quando non possano essere istituiti (53, tit. 12, part. 1), non v'à luogo a fedecommesso ordinario che in favore della prima e della seconda suddivisione. Passando ad un altro subbietto, che à qualche affinità con questo, additeremo la disposizione del codice francese che interdice ogni transazione o rinuncia anticipata su di una successione non aperta, come inconveniente in prima, ed indi come quella che non può costituire un dritto con anticipazione. Tuttavia l' Alemagna intiera le permette.

Non ci faremo più addentro nello esame delle disposizioni in materia di testamenti, perchè consistono, per la più parte almeno, in particolari che la lettura della *Concordanza* soltanto può far conoscere.

Indicheremo soltanto i testamenti nuncupativi, tratti dal dritto romano, e che sono ammessi in Austria, in Baviera e nella Luigiana. Rivolgeremo pure l'attenzione *su' contratti ereditari* in Prussia (§ 61 *della Concordanza*), che sono un atto con cui si aliena la propria successione, o sola, o vicendevolmente tra una o più persone. Questo contratto deve stipularsi giudizialmente (modo introdotto in Alemagna pe' testamenti), ed à per effetto di impedire la disposizione testamentaria de' diciannove ventesimi di questi beni. Il contraente à la facoltà di disporre con donazione della

Digitized by Google

sua fortuna intiera, nonostante quest' obbligazione; tuttavia come ogni donazione non può eccedere la metà de' beni, l' altra parte è dritto su ciò che rimane. Nel caso in cui si trattasse di un contratto ereditario reciproco, il superstite soltanto è investito a detrimento degli eredi del premorto, salvo la legittima. Ma questi contratti son sempre nulli per causa di sopravvegnenza di figli, perchè essa abbatte tutte le previsioni.

Questo Titolo si compone nel Codice francese di dugento otto articoli, e nelle Leggi Civili delle Due Sicilie di dugentoquarantadue. Eccoli in corrispondenza:

Cod. Francese	LL. CC.
893	813
894	814
895	815
896	941 e 943
897	942
898	936
899	944
900	816
901	817
902	818
903	819
904	820
905	821
906	822
907	823
908	824
909	825
910	826
911	827
912	828
913	829
914	830
915	831
916	832
917	833
918	834
919	835
920	837
921	838
922	839
923	840
924	841
925	842
926	843
927	844
928	845
929	846
930	847
931	855
932	856
933	857
934	858
935	859
936	860
937	861
938	862
939	863
940	864
941	865
942	866
943	867
944	868
945	869
946	870
947	871
948	872
949	873
950	874
951	876
952	877
953	878
954	879
955	880
956	881
957	882
958	883
959	884
960	885
961	886
962	887
963	888
964	889
965	890
966	891
967	892
968	893
969	894
970	895
971	896
972	897
973	899
974	900
975	901
976	902
977	903
978	904
979	905
980	906
981	907
982	908
983	909
984	910
985	911
986	912
987	913
988	914
989	915
990	916
991	917
992	918
993	919
994	920
995	921
996	922
997	923
998	924
999	925
1000	926
1001	927
1002	928
1003	929
1004	930
1005	931
1006	932
1007	933
1008	934
1009	935
1010	964
1011	965
1012	966
1013	967
1014	968

Cod Francese	LL. CC.	Cod Francese	LL. CC.
1015	969	1057	1013
1016	970	1058	
1017	971	1059	1014
1018	972	1060	1015
1019	973	1061	1017
1020	974	1062	1018
1021	975	1063	1019
1022	977	1064	1020
1023	978	1065	1021
1024	979	1066	1022
1025	980	1067	1023
1026	981	1068	1024
1027	982	1069	1025
1028	983	1070	1026
1029	984	1071	1027
1030	985	1072	1028
1031	986	1073	1029
1032	987	1074	1030
1033	988	1075	1031
1034	989	1076	1032
1035	990	1077	1033
1036	991	1078	1034
1037	992	1079	1035
1038	993	1080	1036
1039	994	1081	1037
1040	995	1082	1038
1041	996	1083	1039
1042	997	1084	1040
1043	998	1085	1041
1044	999	1087	1042
1045	1000	1088	1043
1046	1001	1089	1044
1047	1002	1090	1045
1048	1003	1091	1046
1049	1004	1092	1047
1050	1006	1093	1048
1051	1007	1093	1049
1052	1008	1096	1050
1053	1009	1097	1051
1054	1010	1098	1052
1055	1011	1099	1053
1056	1012	1100	1054

Nelle Leggi Civili *son tolti i due articoli del Codice francese* 1086 *e* 1094 *e sono aggiunti gli articoli* 836, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 875, 898, 936, 937, 938, 939, 940, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 976, 1005.

Digitized by Google

CODICE NAPOLEONE

LIBRO III. TITOLO II.

DELLE DONAZIONI TRA VIVI E DEI TESTAMENTI

Decretato il 13 floreale anno XI (3 Maggio 1803), *promulgato il 23 floreale anno XI* (13 di Maggio 1803).

CAPITOLO I.

DISPOSIZIONI GENERALI.

Articolo 893 — (813).

Niuno può disporre de' suoi beni a titolo gratuito, se non per donazione tra vivi o per testamento, nelle forme che qui appresso si stabiliscono (a).

(a) L'art. 813 delle Leggi civili è letteralmente conformo all'art. 893 del Cod. Napoleone.

Dritto romano. — Riconosceva il dritto romano tra le disposizioni a titolo gratuito, oltre le donazioni tra vivi ed i testamenti, le donazieni *causa mortis* ed i codicilli, di cui parla l' eulore nel commentario su quest'articolo. Si era lungamoote dispotato prima di Ginstinisno, so la donazione *causa mortis* fosse simile si legati piuttosto, che allo donazioni, ma quel legislatare diè termine alla controversia, disponendo, ch' ossa *per omnia fere legatis connumeretur* (Instit. *de donat.* § 1 L. ult. C. *de donat. causa mortis* ; il che fece pel metivo, ehe chi donava *causa mortis* del pari, che chi legsva, preferiva nella cosa donata o legsta sè stesso el donatario o el legstario, e questo all'erede. Quindi la donazione *causa mortis* non diversamenta dal legate obbisognava di cinque testimoni (L. ult. C *de donat. causa mortis*), si estingueva con la morte del donatario prima del donante (Inst *de donat* § 1.) ammetteva la falcidia, (L. 5. C. ad L. Falc.), la sostituzione, (L. 1. C. *de donat. causa mortis*), il dritto di accrescere (L. nn. § 14.C. *de caducis tollendis*), e trasferiva il dominio *vi juris* senza tradiziono (L. 2. D. *de Publiciana in rem actione*).

Senonchè per la natura non del tutto simile delle due disposizioni, l'assimilazione fra loro non poteva essere perfetta, laonde rimasero molte differensa anche dopo di essa: così la donssiona confermavasi con la sola morte del donante (L. 32 D. *de mortis causa donat.*), mentre il legato avava pure bisogno dell'sdizione; la donazione o doveve aver luogo tra presenti, o dovce farsi per nunzio o per lettoro, onde il donatario conoscesso ed accettasse la donazione (L. 38 e 10 D. *de mortis causa donat*); invece il legato potea farsi all' assento od all'ignorante; il figlio di famiglia non potea legare nemmeno col consenso del padre, ma potea donare *causa mortis* con l'assenso paterno (L. 25 § 1, D. *tit. cit.*); e per ultimo la capacità dal legatario dovea esistere nel tempo della morte del testatore o dell' adiziono dell' credità (Instit § 4 *de heredum qualitate*); nelle donazioni bastava che stasse nel tempo solo della morte del donatora (L. 21 D. *tit. cit.*)

Poichè nelle donazioni *causa mortis* il donante preforiva sè stesso al donstario, la disposizione era rivocabile, e si rivocava di fatti sia col cessare dal pericolo, in vista del qualo era stata fatta, sia con la premorienza del donatario al donante, sia in fine col solo pentirsi di questo (Inst. *De donat.*, § 1 — L. 16 D. *de mortis causa donat.*).

Quest'ultimo modo di rivocabilità toglieva il *vinculum juris* da parte del donaute, onde non pare che possa dirsi, che la donazione *causa mortis* facevasi per contratto, ove il contratto ritengasi, specislmente secondo i principi dal dritto romano, come sorgente di obbligazioni o di entrambi o per lo meno di uno de'contraenti. Nè la necessità dell'accettazione del donatario può per se sola stabilire la idea del contratto, perocchè non l'accettasione della disposizione, ma la simultaneità dell'una e dell' altra è uno de' caratteri delle convensioni. Or se l'accettazione del donstario *causa mortis* poteva farsi secondo la più accreditata opinione anche dopo la morte del donante (Voet, *Ad Pand. Lib.* 39,

COMENTO DEL TROPLONG

SOMMARIO

1. Della beneficenza — La beneficenza contribuisce al- l'armonia sociale.
2. Differisce dalla giustizia per essere libera e spontanea.
3. La giurisprudenza prende il benefizio unicamente come un fatto compluto; però cerca di ravvicinarsi per quanto è possibilo alla dottrina de'moralisti.
4. La giurisprudenza non si occupa di semplici buoni offici.
5. La donazione procede dallo stess'ordine di disposi-

Tit. 3, n. 13), maoea pure quel simultaneo consenso della parti, per lo qualo i contratti differiscono dagli atti di ultima volootà, imperciocchè anche questi rimangono inutili o caduchi, se l'erede o il legatario non accetta tacitomenlo o espressamente la disposizione.

In qualunqoo modo rivocavasi la donazione, il donanto noo solo poteva serbar quello, che non ancora aveva dato, ma ripetere ciò, cha avava consegnato, ancorchè nell'atto di donare si fosse taciuto sulla restitusione dello cosa donata, peroechè ritenevasi como inerente nalla donasiona l'obbligazione della restituzione. Solo disputavasi del genere dell'azione, dapoichè i Cassiniani ammettendo il dominio trasmesso oel donatario, pensavano non potersi dare luogo alla revindicazioee, ma all'asione personale *condictio ob cousam dati*, *causa non secuta* (L. 35 § 3 D. *de mortis causa donat*): e per lo contrario opinavano i Proculiani potersi dare anche uo'asione reale, perchè era la donasiooo condizionale per certi casi, avverati i quali, dovea aversi il dominio come rimasto presso del donante (L. 29. D., Tit. cit.). Ulpiano credeva competere l'asione utile in *rem* ed aoche la personalo (L. 30. D, Tit. cit.).

Codicillo in generale vale piccolo codice, e nel dritto romano i codicilli diconsi *Epistolae* (L. 75 e 77 § 2 *de legat.* 2), e non diversamonto da quaste solevano cominciare dai saluti oll'erede o al sostituito — *L. Titius heredibus primis et substitutis salutem* (L 56 D *de fideicom. libertatibus* — L. 37 § 2 e 3 D. *de legat.* 3).

Nell'antico dritto romano i Codicilli aon avevano bisogno di alcuna solennità, purchè costasse dell' autenticità della lettera (L. 89 pr. D. *de legat*: 2), mo il dritto aoovo ne richiese taluno. Quindi il Codicillo doveva farsi *unico contextu*, ed in presenza di cinque testimooni, anche non specialmente chiamati, i quali, se il Codicillo facevasi in iscritto, dovevano sottoscriverlo, ma non però apporvi i loro suggelli (L. ult § ult. C *De codicillis*). Potavano essere i testimoni o maschi o fammine, perchè erano richiesti non per la solennità ma per la pruova dell'atto (Heinneccio *ad Vinn.* § *ult. Instit De Codicillis*).

Per tutt'altro ne tratta l'autore.

In quanto alle forme degli atti a titolo gratuito il dritto romano era meno rigoroso per lo douazioni tra vivi, ma più rigoroso pe' testamenti.

Siccome pe' principi del dritto romano i patti nodi non producevano verun'aaione, (L. 7 § 4 D., *De pactis*), le donazioni avevano bisogno della solenne stipulasione, onde ne derivassero l'obbligazione e l'azione Anzi emanato la legge Cincia, non furono valide lo donazioni, se non fatte solennemente e *per mancipationem*, eccettuate lo donazioni condizionali e quelle *causa mortis* Però caduta in desuetudine con l' andar del tempo la suddetta leggo, stabilì Giustiniano, cha ad imitasione dello compra vendita, la donazione potessa farsi anche col nudo patto (Instit. § 2 *de Donat.* — L. 35 § 5 C. *de Donationibus*). Così per dritto nuovo la donasiona si riteneva perfetta, se il donatore manifestava la propria volontà con la scrittura a sonza e se ratificava la donaziono (L. 10 e 19 § 2 D. *de donationibus*). Riputavasi perfotta la donaziono col solo consenso in quanto all'obbligaziona, ma pienamento si perfezionava con la tradiziona della cosa donata. Non diversamente dal diritto attuale poteva rivocarsi sin all'accattazione.

Perfetta la donaziona aveva inoltre bisogno dell' *insinuazione*. Costantino sottoposa all'*insinuazione* tutte la donazioni. (L. 25 C. *de donat.*); Teodosio no occettuo quelle al di sotto di 200 solidi. Il solido, ch'ara lo stesso dell'Aureo, valeva sotto gl' Imperatori cristiani 1/4 doll'oncia di oro. Giustiniano proscrisse l' insinuaziona solamente per quelle, che sorpassavano i 500 solidi (Inst. *de donat.* § 2. L. 36 C. *de donat.*) Non v'ara d'uopo dell'insinuazione, se il Principe era il donanto o il donatario (L. 34 pr. C. tit. cit.), so facevasi per la redenzione degli schiavi, se donavasi dal Duce a' militi per ricompensa di buon servizio prestato, o donavasi per la riedificazione di cosa consumata per incendio o crollata (L. 36 pr. e § 1 e 2 C. *de donationibus*). Sa la donazione noo s'insinuava, era inefficaco unicamente per lo summa, ch'eccedeva qualla per la quale oon richiedovasi l'insinuazioce (L. 34 a 36 C. *de donationibus*).

Ne' primi tempi di Roma i testamonti facevansi nei comizi curiati o centuriati e nella forma legislativa. Il testamaoto non era valido, se non quando il popolo ordinava, cha lo fosse, ed ollora quell'atto ripeteva la sua autorità non dalla volontà dal testatore, ma da quella del popolo. Così a parlar propriamente non avevano i primi Romani la fasiona del testamento, parciocchè quando questo era dal popolo approvato, derogavasi per la pubblic'autorità in qual caso specialo alla successiona legittima.

Questa forma così solenne dei testamenti cessò alla pubblicaziona dalla leggi delle dodici tavole, le quali concedettaro a ciascun cittadino la fazione attiva del testamento. Allara per esecuziana del dritto decemvirale invalse per l'opera de'Giureconsulti un nuovo genero di testamenti, chiamata *per aes et librom*, cioè *per mancipationem*, mercè del quale seguiva uo'immaginaria vendita dell'oredità e la *nuncupatio testamenti*. Eseguivasi la prima con l'addirsi dal testatore l'oredità al compratore in presenza di cinque testimoni cittadini romani, l'antestato, ed il libripende ed adopratì pure il deuaro come prezzo dell' aredità e la bilancia, coa la quale fingevasi di pesarla. Il che fatto, seguiva la nuncupasiono del testamento, per la quale il testatore comandava di rimaner fermo il testamento: *haec, ut in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor; itaque vos, Quirites, testimonium perhibitote.*

Intenti sempre i Pretori a temperara con l'equità le sottigliezze del dritto civile, fu introdotto dal dritto pretorio uo'altra forma di testare, per la quale, se il testamento era sottoscritto o segoato da sette testimoni, accordava il Pretore il possesso de'beni.

Finalmonta invalse na'tempi di Teodosio il giovana una nuova foggia dagli atti di ultima volantà, che dall'antico dritta civilo, dal dritto pretoria, e dallo costituzioni de'Principi fu ricavata. Si distinse alloro in quanto alla forma il testamenta in solenne o scritto, ed in nuncupativo, secondochè il testatore o in iscritto od a voco

zioni di benevolenza, d'onde derivano il prestito, il mandato, e gli altri contratti di beneficenza.
6. Particolare carattere della donazione.
7. Carattere del testamento.
8. Riassunto e transizione.
9. La donazione è una conseguenza del dritto di proprietà, ch'è di dritto naturale.
10. Epperò anche la donazione è di dritto naturale.
11. Confutazione dell'opinione contraria.
12. Il testamento appartiene del pari al dritto naturale? — *Negativa* sostenuta da Puffendorff, Binckershoeck, Montesquiou, Gilbert des Voisins, Rousseau, Mably, Robespierre, Merlin, Toullier, Proudhon, Grenier.
13. *Affermativa* sostenuta da Cicerone, Théophilo, Cujacio, Grozio, Leibnizio, Gravina, Vinnio, Donneau, Barbeyrac, Burlamaqui, Furgole.
14. Devesi dare le preferenze a quest'ultima opinione. — L'uomo non può essere indifferente per quello, che avverrà dopo la sua morte. — Tutto non perisce con lui.
15. L'uomo lavora con ardore e perseveranza, perchè sa di essere destinato a sopravvivere ne'suoi. — E d'altronde non è conforme al dritto naturale, che abbia dritto di trasmettere a'suoi per mezzo del testamento quel, che ha acquistato e conservato?
16. Risposte alle obiezioni di Bynckershoeck — Confusione, ch'egli fa del possesso e della proprietà.
17. Confutazione dell'applicazione della massima: — *mors omnia solvit* o dell'ipotesi del ritorno alla massa comune. — Considerazioni ricevote dalla forma della famiglia nel medio evo. — Del compossesso nelle famiglie — Della comunione e solidarietà tra gl'individui di essa.
18. Conseguenze del compossesso unito all'affezione del padre di famiglia.
19. D'altronde il padre dove a'suoi figli i mezzi di sostenere la loro vita, sì che chi diseredasse i propri figli, mancherebbe al più sacro dovere della natura.
20. Fuori le obbligazioni della famiglia si possono pure invocare altre considerazioni. Argomento ricevuto dalla latitudine del dritto di disporre.
21. Sviluppo di quest'argomento — Il testamento non è altro, che una forma del dritto di disporre.
22. Confutazione di una obiezione di Puffendorff basata su ciò, che il difetto di simultaneità delle due volontà nel testamento rende necessario l'intervento del dritto civile.
23. Confutazione di una seconda obiezione dello stesso autore ricavata da che le volontà di un defunto possono essere impunemente neglette, e che solo il dritto civile ha il potere di proteggerle.
24. Del dritto di testare secondo la Costituzione dell'imperatore Costantino — Citazione di Quintiliano sullo stesso subietto.
25. In qual modo il dritto di testare fu riguardato nell'Assemblea costituente del 1791 — Discorso di Mirabeau.
26. Confutazione del sistema, che in origine suppone l'uomo senza regolata società co'suoi simili, e che vede nella proprietà una creazione sociale.
27. Seguito del discorso di Mirabeau. — Secondo Mirabeau il dritto di disporre cessa con la vita del proprietario, di tal che *sotto di tale rapporto* l'essere morto ed il non essere mai vivuto sono le medesima cosa.
28. Confutazione di questo sofisma. — Seguito del discorso di Mirabeau. — Gli attacchi, che dirige contro l'abuso della facoltà testamentaria non impediscono di conciliare l'origine naturale del dritto di testare con l'obbligazione del padre di famiglia di non sorpassare una certa quota disponibile.
29. La stessa tesi sostenuta da Robespierre.
30. Discorso di Tronchet; riproduce le idee di Mirabeau — Sue osservazioni sulle successioni intestate.
31. Contradizione di queste osservazioni col contratto sociale, ch'egli ammette — Inconseguenze.
32. Ha seguito il codice l'ordine logico nel fare precedere la materia de'testamenti dal titolo delle successioni intestate? — Spiegazione di Tronchet — Altra spiegazione più razionale.

manifestava l'erede. Dicevasi il primo anche mistico, perchè cucivasi o suggellavasi, o così chiuso segnavasi.

Le solennità del testamento erano interne ed esterne. Consistevano le prime nella capacità del testatore e nella legittima istituzione dell'erede; e che dovea farsi con idonee parole e con certo consiglio, comunque in progresso di tempo siasi desistito dalla prima condizione; dovea abbracciare l'*universum jus* del testatore, perchè niun pagano potea morire parte testato e parte intestato; e se il testatore aveva de'figli o discendenti, doveva necessariamente o istituirli almeno nella legittima o diredarli nominatamente, la preterizione rendendo *ipso jure* nullo il testamento. Erano le seconde:

Per lo testamento scritto;

1.° l'unico contesto, vale a dire la continuità dell'atto di testare, non interrotto da atti estranei (L. 21, § 3 D. *qui testamenta facere possunt*).

2° la presenza di sette testimoni, specialmente chiamati, o almeno avvertiti di essere adibiti al testamento, se trovavansi prima per altra causa congregati; (Leg. cit. § 2).

3° che dovevano vedere il testatore (L. 9. C. *de testamentis*).

4° che avessero la facoltà di ricevere per testamento eccettuate le donne, il servo, l'impubero, il furioso, il muto, il sordo, l'interdetto ne'beni, colui, che fosse nella podestà del testatore, l'erede, colui ch'era in sua podestà, il padre, nella cui podestà si trovava, il fratello, ch'era nella stessa podestà di lui. Erano ammessi i legatari ed i fidecommessari (*Inst.* § 6, 9 e 10 *de testam. ordinand.*).

5° lo scriversi l'atto del testamento dallo stesso testatore, nel qual caso il testamento dicevasi *olografo*, o il sottoscriversi almeno da lui. Se il testatore non sapeva scrivere, si richiedeva l'ottavo testimonio;

6° finalmente il sottoscriversi o segnarsi da' testimoni il testamento.

Per lo testamento noncupativo;

1° l'unico contesto;

2° lo stesso tempo e luogo;

3° li sette testimoni specialmente rogati, che vedessero o sentissero il testatore (*Inst.* § 14 *de testam. ordinand.* — *L.* 21 *pr.* e § 2 *D. Qui testam. facere possunt* — *L.* 21 § 2 *C. de testam*).

Da tutte o da taluna di queste formalità erano esenti alcune specie di testamento.

A niuna formalità era sottoposto il testamento militare, purchè la volontà del milite testatore fosse seria e determinata (*L* 1. *pr.* e 24 *D. de testamento militis*); del pari quello in cui gratificavasi il Principe, o che insinuavasi presso gli atti del Giudice (*L.* 10. *C. de testam.*) Bastavano al testamento scritto do'rustici cinque testimoni, se non se ne trovavano altri, ed erano dispensati dalla sottoscrizione, se non sapevano scrivere (*L. ult. C. de testam.*) Non erano necessari i testimoni nel testamento scritto del Padre *inter liberos*, purchè l'atto fosse scritto o sottoscritto dal Padre, ed accuratamente indicate le quote, nelle quali erano i figli instituiti (*L.* 21. § 1 *C. de testam.*; *novel.* 107, *cap.* 1). Nel testamento fatto in tempo di peste dispensavasi dell'unità del contesto e della simultanea presenza de'testimoni (*L.* 8. *C. de testam.*) Finalmente valeva il secondo testamento imperfetto, nel quale chiamavasi alla successione l'erede legittimo, preterito nel primo, se vi fossero intervenuti cinque testimoni.

Il traduttore.

1. Se si studia l' uomo secondo i disegni della natura, lo si trova così docile alle voci della beneficenza e della liberalità, come attento alla conservazione dei beni, che Dio gli ha dato. L' avarizia è una corruzione del pari che la dissipazione. L' una e l' altra sono oggetti del ridicolo e del disprezzo, perchè solo per un eccesso si rattrovano nel cuore dell'uomo. Invece la liberalità e la beneficenza sono onorate quali virtù come l' economia, perchè tutti comprendono, che solo colui, che le pratica, è sul retto cammino della natura. L'economia, ch' è l' uso previdente e moderato dei beni di questo mondo, contribuisce allo sviluppo della ricchezza privata, al raffermamento della famiglia, ed all' agiatezza generale. La liberalità e la beneficenza rendono comuni agli altri i beni, che possediamo e fan più stretti i legami di affezione e di sociabilità. Fortificano la concordia tra i cittadini, ed aggiungono al l' armonia de la giustizia l'accordo, che deriva dall' amore dell' umanità.

2. Non vogliamo discorrere della beneficenza e della liberalità. La filosofia e la morale sono ricche di tali materie, il cui principio non si lega essenzialmente al dritto; perciocchè il dritto è la forma della giustizia, e la giustizia si distingue molto addentro dalla beneficenza e dalla liberalità. La giustizia è un punto fisso: un equilibrio perfetto sui dritti degli uomini; una legge obbligatoria nel foro esterno mentre per lo contrario la beneficenza è libera, spontanea, discrezionale. Non impone all' uomo una obbligazione perfetta; non ha Tribunale esteriore nè azione in giustizia.

Se contribuisce all' armonia sociale, no 'l fa col ponderare i dritti rispettivi, dapoichè è un rapporto semplicemente volontario tra persone, che non sono per dritto l' una verso l' altra obbligata m allargandosi generosamente verso colui, che non ha dritto, e trattandolo come se ne avesse.

3. Epperò il punto di vista della giurisprudenza nell' occuparsi dei benefizi non potrebbe essere lo stesso di quello, ove si sono messi Seneca nel suo bel trattato *De beneficiis*, e Cicerone nel suo trattato, e anche più ammirabile *De officiis*, comechè non rintraccia essa direttamente la maniera di spargere ricevere e rendere i benefizi (1). Neanche si occupa principalmente de' mezzi di fare volgere la beneficenza al maggiore vantaggio delle classi sofferenti; il che è una parte importante dell'economia politica. La giurisprudenza dopo di avere mostrata la differenza tra la beneficenza e la giustizia, tracciata la linea, che separa queste due strade, prende il beneficio a solo titolo di fatto compiuto, che dà luogo ad una trasmessione di proprietà, e che a tal titolo cade sotto l'occhio della legge, sia a causa dell esecuzione, sia della misura e dell' estensione. Indubitatamente in quest' intervento del legislatore il dritto cerca di ravvicinarsi per quanto è possibile alla dottrina dei moralisti su' benefizi; d' onde derivano molti punti di contatto tra il dritto e la morale, specialmente in ciò che concerne l' ingratitudine del donatario; donde pure procede quella rigidezza delle forme imposte agli atti di liberalità come conseguenza di questa gran regola di morale, cioè che la beneficenza esige molta prudenza e discernimento (2), e ch' è inconsiderata, se si esercita a spese de' terzi o se reca troppo grave pregiudizio alla famiglia. Il dritto adunque si pone a livello della morale quando rivoca la donazione per la manifesta ingratitudine del donatario, o quando per la severità delle sue solennità sottopone il donante alla pruova di una salutare riflessione. Però non è men vero, che nel passare nel dominio della

(1) *De ratione dandi, accipiendi, reddentique beneficii.* (Seneca, *De benef* 3).

(2) *Multas habet cautiones*— Cicerone, *De offic* 1. 14 V pure S Ambrogio 3 Offic. 2. 16. Egli dice. *Sobrietas tenenda est*

giurisprudenza la materia de' benefizî si presenta sotto aspetti differenti di quelli, che colpiscono nella filosofia, e che i benefizî essendo principalmente considerati come mezzi di trasmettere la proprietà, e come creatori di dritti, subiscono le regole precise, che appartengono alla giustizia. Prima di avere donato, l'uomo non è tenuto a nulla, perciocchè chi potrebbe obbligarlo ad esercitare un beneficio? Quale potenza nel mondo, oltre quella della sua coscienza, avrebbe il dritto di comandargli l'atto affatto volontario della beneficenza? Ma dallo istante, che ha spontaneamente consentito a realizzare il beneficio, un dritto si acquista dal donatario, un' azione è istituita dinanzi i Tribunali. Cessano le quistioni di filosofia, di coscienza, di libero arbitrio; sorgono invece delle quistioni di forma, di capacità, di tradizione, di estensione, che mettono in presenza dei dritti rispettivi, e che debbono essere risolute con la imperiosa precisione, ch' è il carattere della giustizia.

4. Gli uomini sono sensibili a' buoni trattamenti: la benevolenza attira della benevolenza; gli animali stessi riconoscono le cure, che loro rende la mano amica dell' uomo (1), sì che vedesi raddolcire la loro natura feroce innanzi al custode, che provvede al loro nutrimento, o che li liscia e li carezza. Così gli officî renduti per benevolenza sono uno de' più possenti legami della società. Il numero n' è infinito, e la loro varietà equipara quella dei bisogni dell' uomo, senonchè la giurisprudenza non saprebbe tutti abbracciarli nelle sue previsioni, nè volge i suoi sguardi, che sopra quelli, che prendono la forma di contratti o che contengono delle disposizioni di ultima volontà.

Quando il viaggiatore deviato chiede la sua strada a colui, che incontra; quando il vicino viene ad accendere il suo fuoco a quello del suo vicino; quando un uomo che si presta per l' altrui servigio, riconduce la pecora dispersa al suo padrone, che la cerca invano ec. ec., sono questi de' servigi incontestabili e degli atti di fraternità, che contribuiscono al ravvicinamento degli uomini. Ma il dritto non deve intervenire in questi offici, ne' quali tutto avviene di buon accordo, di buona volontà, e senza idea di dritto e di costringimento. Sol quando la beneficenza consente a tradursi in obbligazione, o che per degli atti positivi tocca all' ordine dalle successioni, solo allora la giurisprudenza è forzata di occuparsene; e s'apre allora una delle più gravi materie del dritto.

5. Nel nostro commentario *De' contratti* abbiamo parlato de' contratti di beneficenza (2), che sono quelli, ne' quali si contraggono delle obbligazioni nello scopo di rendere servigio ad altri; tal è il prestito, del quale Paolo ha benissimo detto: *Voluntatis et Offici magis quam necessitatis est commodare* (3); tal è il mandato così qualificato dallo stesso Paolo, *Originem ex officio atque amicitia trahit* (4), e per lo quale una persona cortese rende ad un' altra persona il servizio di fare quello, che questa non potrebbe fare essa stessa; tal' è il deposito, di cui è essenza essere gratuito, e del quale il depositario s'incarica per amicizia o per rendere un officio disinteressato (5); tal' è la fideiussione, ch' è un officio d'amico, un atto di attaccamento: *bonitatis et humanitatis* (6).

Codesti contratti procedono dallo stess' ordine di disposizioni benevolenti, ond' emanano le donazioni (7); sono inspirati dalla beneficenza, e possono applicarsi al prestatore, al mandatario, al depositario, al fideiussore queste parole di Paolo: *qui beneficium tribuit* (8), perciocchè costoro accordano un beneficio, e rendono un servigio al prestatario, al mandatario, al deponente, al debitore canzionato.

6. Senonchè il benefizio, che risulta da questi contratti, è meno grande di quello, ch' è unito alla donazione, dapoichè quali si sieno i vantaggi, che recano a colui, che soccorrono, la donazione ne ha de' maggiori. Per esempio il prestatario è senza dubbio felicissimo di trovare presso l'amico il denaro, di cui abbisogna; ma nonpertanto è d'uopo, che lo renda, mentre invece il donatario ritiene quello, che gli è donato, ed il donante perde tutt' i suoi dritti sulla cosa, della quale si è spogliato. Il deponente riceve un servigio dalla buona volontà del depositario; ma non diviene più ricco, nè il suo patrimonio si accresce come quello del donatario. È lo stesso del mandante, che se ottiene un servigio, non riceve dal mandatario veruna cosa, che dal patrimonio di costui passi nel suo patrimonio. Da ultimo la fideiussione non è, che un mezzo di credito efficacemente prestato al debitore, ma il debitore non rimane meno obbligato d'indennizzare il fideiussore di ciò, che questi ha pagato per lui.

In una parola ne' contratti di beneficenza il benefattore non intende di divenire più povero pel suo servigio, per lo che la principale regola de' rapporti tra le parti è questa: *niuno deve arricchirsi a spese altrui*. Avviene altrimenti nella donazione, perchè il donante si spoglia irrevocabilmente; arricchisce il donatario; preferisce il donatario a sè stesso.

Laonde il Codice è stato unisono con queste

(1) *Officia etiam ferae sentiunt*. (Seneca, *De benef.* 1, 3).
(3) *L.* 17 § 3. *D. Commod. vel contra.*
(5) Il mio commentario *Del deposito* n. 15.
(7) Il mio commentario *Del prestito*, n. 8.
(2) V. il comm. *Del prestito*, n. 3 e seg.
(4) *L.* 1, § 4. *D. Mand. vel contra.* V. il mio commentario *del mandato* n. 1, 2, e 134.
(6) Il mio commentario *Della fidejussione*, n. 13.
(8) L. 17 § 3 *D. Commod.*

Digitized by Google

distinzioni essenziali, nel fare della donazione un subietto separato dei contratti di beneficenza (1).

7. Il testamento ha un altro carattere, parocchè la liberalità, che ne deriva, non ha nulla di attuale, differandola il benefattore sin all'ora della sua morte. Egli non vuola spogliarsi vivente; non dona, nè trasmette che dopo la sua morte. Le quali idee ritorneranno più tardi con lo sviluppamento necessario; per ora ci limitiamo a riassumerne gli aspetti sommari.

8. Adunque il posto, che il dritto accorda alla beneficenza ne'rapporti individuali, ch'è incaricato di ragolare o descrivere con la sua severa precisiona, è questo:

Contratto di beneficenza;

Donazione:

Testamento.

Altrove abbiamo trattato de'contratti di beneficenza; ci occuperemo in questo titolo speciale delle donazioni e de' testamenti, che non costituiscono uno de' minori subietti contenuti nel codice napoleone.

9. Non occorre affaticarsi di molto per provare, che la donazione tra vivi è una conseguenza naturale del dritto di proprietà, e ch'ella è quindi di dritto naturale come lo stesso dritto di proprietà. La proprietà individuale non è un dono dello Stato, nè una creaziona della legge, nonostante ciò che ne han detto Rousseau, Mably ed altri sofisti, che per le loro dottrine non ponderate hanno contribuito a propagare tante false idee su tal soggetto. È dessa un dritto, che l'uomo porta seco nel nascere, e che gli viene dal libero impiego delle sue forze personali per occupare, dominare, ed utilizzare la materia inerte. La proprietà è il rapporto necessario dall' uomo con la cosa, la condizione invariabile dalla vita e della società, il complemento umano della creaziona divina!! Senza la proprietà l'uomo gittato sulla terra, non si sa perchè, sarebbe un essere imperfetto, privo dei mezzi di conservare la sua vita, di assicurare il suo avvenire, di costituirsi una famiglia. Sola la proprietà dà all'esistenza, che ha da Dio ricevuto, l'alimento ed il sostegno della sua durata in questo mondo. La proprietà gli procaccia il suo ricovero, le sue vesti, il suo nutrimento, i suoi fondi di riserva e di previdenza per lui e per coloro, che gli sono di sè più cari. Per acquistare le quali cose gli bastano la sua libertà, il suo lavoro, la sua superiorità sulla materia. Re della creazione per la volontà di Dio, libero, ragionevole, industrioso, trova soltanto in lui, ad in lui solo i mezzi di appropriazione ed il dritto di proprietà.

Ed è sì vero, essere la proprietà un attributo essenziale dall'umanità, che se ne ritrova l'inevitabile nozione anche ne'sistemi, che la contestano. Evvi dello scetticismo, che non può aprire la bocca senza fare suo malgrado atto di fede. Si può dire degli avversari della proprietà, che sono costretti di riconoscere la sua esistenza, quando la proclamano un' usurpazione. Ed in effetti, che fan coloro, che mettono in quistione il dritto di proprietà? La tolgono all' uomo unicamente per darla allo Stato, alla società, alla comunione, all' umanità, vale a dire non fanno altro, che traslocarla, tanto riesce loro impossibile di distruggerla. Solamente l'attribuiscono a chi non vi ha dritto, riconoscendo nonpertanto essere assolutamente necessario, che qualcuno ne sia investito. Ma che di men ragionevole del ricusare il dritto individuale di proprietà a chi occupa la cosa e vi ha impiegato il suo lavoro per farla risalire sino ad un essere morale, vago, incapace di detenzione, astratto, cui è impossibile di giustificare veruna dalle condizioni, sulle quali riposa agli occhi della ragione la legittimità di questo dritto?

Non insisteremo dippiù su delle idee, che abbiamo esposto più ampiamente nel nostro piccolo *Trattato della proprietà*, pubblicato dall' Accademia delle scienze morali e politiche; ci basta di stabilire qui come una verità dimostrata, essere la proprietà di dritto naturale, ed essere assolutamente falso, che lo Stato o la legge entrino per qualche cosa nello stabilirsi di essa. Lo Stato e la legge la difendono e proteggono; fanno de'regolamenti di buona polizia sul suo uso; ne prevengono gli abusi, ma, ripetiamolo, l'origine ne risale più in là dello Stato e della legge; e questa nobile origine è il dritto naturale, vale a dire una di quelle potenti ed invincibili forze, contro delle quali nulla può prevalere.

10. Or se la proprietà è di dritto naturale, bisogna concluderne, che la donazione è di dritto naturale ancor'essa. Ed in vero la donazione altro non è, che uno de' mezzi di trasmettere altrui il dritto di proprietà, di cui si è investito. Il proprietario, che in virtù del suo dritto può serbare nelle sue mani la cosa, puole ancora trasmetterla ad altri; questo è la consegnenza di quello. « Nihil enim tam « conveniens *est naturali aequitati*, quam vo« luntatem domini volentis rem suam in alium « transferre, ratam haberi (2). »

Tal carattere appartiene tanto più alla donaziona, quantochè questa parmetta all'uomo di soddisfare la sua inclinazione alla beneficenza. Si loda un cittadino, perchè consenta a ricevere gratuitamente un deposito, o un mandato, o perchè fa un prestito ad un amico imbarazzato. Ed in effetti sono questi de' servigi inspirati dall' umanità e conformi alla natura.

(1) V. un arresto di Douai de' 4 Maggio 1846, ove ciò è toccato di passaggio. Deville 46, 2, 470.

(2) Inst., Inst., *De rer. divis.*, 2, 1, 40. Caius L. 9 § 3 D. *De adquir. rer. dom.*

Quanto a maggiore regione è lodevole la donazione, che attesta a sì alto grado la benevolenza innata nel cuore dell' uomo, e che si pienamente soddisfa e questo precetto della legge naturale; l' uomo dover essere benefico verso il suo simile (1)!

11. Nonpertanto si è talvolta classificata la donazione tra' mezzi di acquistare civilmente la proprietà (2). Ma Vinnio ha severamente rilevato quest' errore, perchè la donazione appartiene al dritto naturale. Indubitatamente il legislatore l' ha sottoposta in quanto alla forma ed all' estensione a delle disposizioni di origine civile, avendo voluto prevenire l' abuso delle liberalità e salvare le famiglie da una imprudente dissipazione. Però se le donazioni sono di dritto civile in quanto alla solennità esteriore ed alla quota, sono prima di tutto e nella loro essenza del dominio del dritto naturale. I regolamenti introdotti per serbare una buona polizia nella città non tolgono al dritto naturale la sua superiore autorità. Il perchè la legge sarebbe sovranamente iniqua, se interdicesse la donazione di una maniera assoluta; può solo vietare gli eccessi, ma non ha il dritto di proibirne l' uso senz' attentare alla proprietà ed alla libertà naturale, e senz' ergersi sul patrimonio sovrano dell' uomo de' dritti, che sarebbero tirannici.

12. La quistione è più complicata per lo testamento.

Puffendorff (3) la considera come non priva di difficoltà, e per vero diviene nelle sue mani si oscura, che non si sa più che cosa egli ne pensa.

Bynckershoeck è più netto e più preciso; si pronunzia per l' origine civile del testamento (4), riconoscendo nonpertanto come più accreditata l' opinione favorevole all'origine naturale di quest' importante atto del proprietario. *Juris gentium esse, scio vulgo placere.* Ho letto attentamente le ragioni di questo distinto Giureconsulto, e le ho trovate di una palpabile insufficienza. « Secondo il dritto naturale, egli dice, la forza del dominio di proprietà sta nel possesso; sì che quando la morte dà termine al possesso, dà termine alla proprietà. L' uomo vivente, che abbandona il suo possesso, abbandona in pari tempo la sua proprietà, se si vuole sbarazzare la quistione di ogni miscela di dritto civile, e giudicarla sotto l' aspetto di puro dritto naturale (5). Epperò con quanta meggiore ragione l' uomo, che muore, e che abbandona per la sua morte la propria parte delle largizioni della natura? In origine tutt'i beni erano comuni, e solo per l'occupazione sono caduti nel dominio privato; cessi l'occupazione, la proprietà cesserà del pari, e sarebbe grav' errore l' immaginare, che pel solo potere della natura e della ragione il dominio di proprietà sia eterno e trasmessibile da erede in erede. Il mondo non è stato conceduto ad una sola generazione, ma anche alle generazioni successive. Or quando un uomo muore, il suo posto è vuoto secondo il dritto naturale, ed un altro uomo prende il suo posto, come l'onda prende il posto dell'onda, che si è estinta sulla riva.

« Però essendo questo diritto di succedere una sorgente di discordie, il dritto civile è intervenuto, ed ha stabilito un ordine di successione più stabile e più regolare: indi è venuto il dritto di testare, altra emanazione del dritto civile, che in origine si esercitava sotto la forma di una legge politica, modificativa dell' altre legge politica delle successioni intestate (6) ». Si scorge quanto queste ragioni sono superficiali e false; quel che segue lo proverà anche meglio.

Sarebbe stato degno del genio di Montesquieu di respingere simili errori: nonpertanto gli adotta senza esame (7), e la sua grande autorità ha trascinato quasi tutti coloro, che hanno trattata la quistione nella fine del decimottavo secolo o nel principio del decimonono, anche tra' magistrati.

« Il potere di disporre de' nostri beni dopo la nostra morte, diceva l' avvocato generale Gilbert des Voisins, *non ci appartiene naturalmente*. La morte spoglia gli uomini, sì che quello, che non hanno eseguito viventi, la loro volontà non può farlo dopo la morte, se la legge, ch' è immortale, non prende cura di farla eseguire. *Dunque è propriamente* la legge, che imprime il carattere e l' autorità alle volontà de' defunti, che naturalmente sarebbero caduche (8). »

L' idea di legare l' origine del testamento al dritto civile fece soprattutto un notabile progresso nel corso della nostra prima rivoluzione, nella quale (cosa da stordire) la teoria dispotica dell'origine della proprietà prevalse quasi sempre sulle teorie democratiche, la sola vera e conforme alla legittimità di questo gran dritto, la sola compatibile con l' emancipazione sociale, della quale l'89 aveva dato il segno (9). Rousseau, questo sofista tetro troppo letto e troppo ammirato, aveva negato

(1) Cic., *De amicit.* 5; Seneca, *De benef. passim.*

(2) Heineccio, Instit., *De Donat.*, § 454. Ma egli combatte questa classificazione, *Antiq. rom.* lib.2,t.7.

(3) Lib. 4, Cap. 10, § 4.

(4) Observat juris romani, Lib. 2, c. 2.

(5) Bisogna vedere ancora ciò, che dice più innanzi, *De dominio maris*, c. 1.

(6) Possono citarsi molti altri giuristi, che mettono il testamento nel dominio del dritto civile. — Sono citati dall' Hilliger su Doneau. *Com.* 6, 4, nota 1.

(7) Spirito delle leggi, lib. 27, cap. 1.

(8) Plaidoyer dans l'affaire de Pemmereuil. (Repert. di Merlin, v° *Testament*, sect. 2, § 4, art. 2).

(9) Il mio piccolo *trattato della proprietà*, Cap. 23.

Digitized by Google

la legittimità del testamento (1). Mably, altro dottore non meno malinconico della scuola radicale rivoluzionaria, non gli era stato più favorevole. Il perchè Robespierre, mediocre avvocato, spirito limitato ed esagerato, e che della filosofia del suo secolo aveva solo ritenuto i luoghi comuni più odati all'intelligenza volgare, Robespierre come fedele adetto di questa setta atrabilare contestava dinanzi all'Assemblea costituente il dritto di testare! « Qual'è il motivo di questo facoltà? Può l'uomo disporre della terra, che ha coltivato, quando è esso stesso ridotto in polvere (2)? » Quando un filosofo della tempra di Mably aveva pronunziato l'anatema contro del testamento, un discepolo della tempra di Robespierre non potea astenersi dal proscriverlo. Del resto ritorneremo or ora sulla discussione, di cui il dritto di testare fu l'obietto nell'assemblea costituente, limitandoci adesso a dire in questa rassegna delle opinioni, ad esso ostili, che la Convenzione nazionale sotto l'influenza delle dottrine dominanti, trattò pure il testamento come una concessione del dritto civile. Lo restrinse ne' più stretti confini; tolse all'uomo il dritto di servirsene per stabilire de' le ineguaglianze nella sua successione; nè gli permise, che de' legati a vantaggio delle persone non successibili.

E come creazione del dritto civile il testamento è stato pure considerato da' più celebri interpreti del Codice civ., Merlin (3), Toullier (4), Proudhon (5), Grenier (6).

Ma altri uomini del pari considerevoli nei tempi antichi e nuovi possono essere citati in sostegno dell'opinione contraria, che mette nel dritto naturale la legittimità del dritto di testare. Theophilo nella sua parafrasi degl'*Instituti* di Giustiniano, pone il testamento nella classe degli atti del dritto delle genti, cioè di quel dritto, che regola gli uomini secondo la ragione (7).

Cujacio dopo di avere rammentata questa stessa opinione, dichiara di approvarla: *quod probo* (8); ed in vero è conforme all'equità, che ciascuno vegli sulla sua posterità e su quello, che sarà dopo di lui. Io questo sentimento, secondo Cicerone, è l'origine del testamento (9); che importa, che i germani non abbiano conosciuto il testamento? Che importa pure, che il testamento sia stato ignorato in Atene prima di Solone?

Non cessa per questo di essere del dritto delle genti « Non ideo minus sunt testamenta « juris gentiam, sicut quod incestum Persis probetur, non ideo minus jure naturali turpe est. »

Non nego pertanto, continua il nostro grande Giureconsulto, che la fazione del testamento sia di dritto civile, perchè le leggi determinano la forma de' testamenti. Aggiungo essere questa forma del dritto pubblico e non del dritto privato, ma non è meno certo, che il principio del dritto di testare è nella natura ed in un sentimento di previdenza innato per ciò, che ci sopravvive (10).

Nonpertanto è egli vero, che Cujacio abbia abbandonata questa opinione, come il pretende Merille nella sua curiosa raccolta delle variazioni di Cujacio (11)? Per provarlo Merille cita le note manoscritte di Cujacio sugl'*Instituti*; note, che non sono stato impresse nelle annotazioni sugli *Instituti*, che questo grand'uomo, ci ha lasciato. Questo lavoro manoscritto di Cujacio dice dunque(12), che il testamento non potendo essere fatto in Roma, che in linguo latina prima di Teodosio, quest'atto non potev' appartenere, che al dritto civile, il quale aven voluto, che si redigessero in termini solenni e civili, cioè in latino, tutt'i suoi atti. Poi aggiunge: « la quo tamen Theophilus peccat, qui ea juris gentium esset « scribit. »

Io non penso, che debbansi avere nelle note manoscritte e non edite dall'autore stesso conto di quelle, che sono state pubblicate per le sue cure. Cujacio è responsabile verso del pubblico solo di ciò, che ha impresso; ivi è il suo vero pensiero; là si trova la sua ultima parola.

Grozio opina pure, che il testamento deriva dal dritto naturale: « Quoquam enim testa« mentum, ut actus alii, formam certam acci« pere possit a jure civili, ipsa tomeo substan« tia cognata est dominio, et, eo dato, juris « naturalis. Possum enim rem meam alienare, « non pure modo, sed et sub conditione, nec « tantum irrevocabiliter, sed et revocabiliter, « atque etiam retenta interim possessione et « plenissimo fruendi jure. Alienatio autem in « mortis eventum, ante eam revocabilis, re« tento interim jure possidendi ac fruendi, est « testamentum eco. (13) »

Leibnitz, nel professare la stessa dottrina, le dà per base l'immortalità dell'anima (14) come

(1) *Contratto sociale.*
(2) Il mio piccolo *trattato della proprietà*, Cap. 24, *Istoria parlamentaria*, t. 9, pag. 282 e 300.
(3) Repert., parola *Testamento* ed anche *Occupazione*.
(4) Tom. 5° n. 343.
(5) *Usufrutto*, Tom. 2, n. 802.
(6) Discorso preliminare delle *Donazioni* e de' *Testamenti*, tom. 1, pag. 30 dell'edizione annotata da Bayle-Mouillard. Questi confuta questa opinione nella sua nota.
(7) V. la trad. di Fregier, t. 2, lib. 1, pag. 78.
(8) Sul Digesto *qui test. facere possunt*, t. 1, p. 1041.
(9) *De finibus* III, 20. V. ancora *Tuscul.*, 1, 14.
(10) Sul Digesto, *qui test. facere possunt*, t. 1, pag. 1041, ed. di Napoli.
(11) V. il Cujacio ed. di Napoli, t 3, p. 965.
(12) Sul t. *De verb. oblig.* su queste parole: *Utrum autem latina* Luogo cit.
(13) *De jure pacis et belli*, Lib. 2, cap 6, n 14.
(14) *Nova methodus discendae, docendaeque jurisprudentiae.*

Digitized by Google

molti altri Giureconsulti allemanni (1), e rammentisi pel passo di Cujacio, testè citato, tale esser pure il punto di veduta di Cicerone. Senonchè si troverà forse, che Leibnitz l'esagera col volerla porre in maggior lume. « Testa« menta vero, mero jure, nullius essent momen« ti, nisi anima esset immortalis. Sed quia mor« tui revera adhuc vivunt, ideo manent domini « rerum; quos vero haeredes reliqueruot, con« cipiendi sunt ut procuratores in rem suam. » Dire che i morti vivono tuttora, che prosieguono ad essere proprietari de' loro beni, che i loro eredi sono de' semplici procuratori è andare indubitatamente sin ad un punto, che non è necessario di raggiungere, e che bisogna abbandonare n delle teorie metafisiche, di cui la giurisprudenza non ha bisogno (2).

A questi grandi uomini aggiungiamo Gravina (3), Doneau (4), Vinnio (5), Barbeyrac (6), Burlamaqui (7), Furgole (8), e molti altri degni di essere ascoltati (9).

14. In quanto a me divido pienamente la loro opinione, e darò le ragioni perentorie di tale preferenza.

Senza posare la quistione così radicalmente come Leibnitz tra lo spiritualismo ed il materialismo, è certo che le ignobili dottrine, che fanno finire l' uomo con la morte, e delle quali Robespierre era ben degno di essere l' eco, non potrebbero prevalere sulla legittimità naturale del testamento, e sul dritto del padre di famiglia di regolare pel tempo, in cui non esisterà più, gli affari del suo patrimonio e della sua famiglia. Un poeta greco dice «Che tutto perisca con me »—(10)! E quest'a frase, degna divisa de'tiranni, proverbio favorito di Calligola, è stata stigmatizzata come l' espressione detestabile del più abietto egoismo (11). No, tutto non perisce con l'uomo, e n'è la pruova il giudizio, che la posterità ha dato degli uomini, che han detto—« Che tutto perisca con me. » Nerone ed altri suoi simili non sono periti, perciocchè la loro memoria è restata esecrata, ed il loro ricordo sussiste per la edificazione del mondo e la punizione de'loro misfatti.

Se s'interrogano accuratamente i più numerosi atti della vita dell'uomo, si rimarrà convinto esser essi dominati da una speranza dell'avvenire, che non si ferma a' soli confini dell' esistenza. Non si pianta sol per sè stesso, ma si spera di procurare dell'ombra ai suoi discendenti. E perchè mai l' uomo sente il vivo desiderio di avere de' figli, di propagare il suo nome, e di servire gloriosamente la patria (12)? Non è forse per prolungare nell' avvenire la vita delle reminiscenze e per fare succedere quest' altra vita alla vita reale, che lo avrà lasciato? Nulla di più naturale di questo sentimento, perocchè impera in tutti gli uomini per uno di quei consentimenti unanimi, che sono la più rispettabile delle leggi (13).

E questo sentimento ne produce un altro, donde scaturisce per l' uomo una sorgente di buone azioni e di virtù, cioè che l' uomo deve vegliare su di sè stesso, ed assicurarsi con la sua condotta una buona riputazione. La stima pubblica è una ricompensa, com' è una punizione il pubblico disprezzo. Una fama onorevole, che sopravviva alla tomba, è l'ambizione di ogni uomo onesto e sollecito della propria dignità (14). La natura s' indegna alla idea di essere dopo morte odiati o discreditati. Per lo chè evvi qualche cosa dell' uomo, che resta anche dopo di lui. Deve costo a' sopravviventi di quel che è stato; deve prepararsi per mezzo di buone azioni a questa giustizia postuma; deve avere dinanzi gli occhi il tempo, in cui non esisterà nella memoria degli uomini, che pel merito della sua condotta.

Nè è solamente per noi, che abbiamo questa previdenza del tempo, nel quale più non vivremo, ma anche pe' nostri figli, pei nostri parenti, per coloro, che a causa della loro amicizia hanno acquistato presso di noi un posto più ragguardevole di quello, che dà la consanguineità. Il padre di famiglia non crederà mai di avere fatto molto pel figlio, se al dono della vita non aggiunge l' educazione, il ben essere ed una esistenza assicurata pel tempo, nel quale non vivrà più (15).

Ecco la natura. Epperò quando si vuole, che l'uomo sia indifferente a quanto avverrà dopo di lui, s' insorge contra la più evidente legge della creazione di questo mondo e della società, di talchè gli autori, che combattiamo, nel parlare incessantemente dello stato di natura, vanno a cercarlo ove non è. Si creano un tipo ideale, fantastico o eccezionale, e costruiscono lì sopra il loro sistema fattizio. E

(1) Hilliger sul Doneau li cita (*Comm.* 6, 4, nota 1). Egli dice: « Testamentum typus et figura immortalitatis. Nam quando anima, et voluntas immortalis: « non debet quoad bona cum corpora exstingui »

(2) Platone opinava, che i morti conoscessero ciò, che facevasi su questa terra, e se ne interessassero. (Legg. XI) Io non combatto questa idea, ma dico, non essere necessaria alla tesi di Leibnitz.

(3) *De origine juris*, 2, 40.

(4) Sulle Instit. *De test. ord*

(5) Sul Cod. *De testam.* (rubrica n. 7.)

(6) Su Poffendorff., luogo cit. 1 1, 661, nota. Alla pag. 664 cita il passo di Leibnitz, e ricorda la critica fattane dagli autori contemporanei.

(7) 4, 9, 12.

(8) *Test.* cap. 1, n 30.

(9) Hilliger nelle sue note su Doneau cita una quantità di autori in favore di questa opinione, ch'è la sua. (*Comm.*, lil. 6, c 4, nota 1).

(10) Cicerone *De finibus*, 3, 19.

(11) Cicerone *luog. cit.*

(12) Cicerone, *Tuscul.*, 1, 14.

(13) *Omni autem in re consensio omnium gentium, lex naturae putanda est.* (Cicer. *Tuscul.*, 1, 13).

(14) Cicerone, *De finibus*, 3, 17.

(15) *Id. m.*

per lo contrario noi cerchiamo di studiare l' uomo nelle situazioni, nelle quali la natura si palesa in lui per mezzo delle più incontestabili manifestazioni. Ove si troverà per esempio, fuorchè nell'affezione paterna, quel grido istintivo della natura, che come dicevano gli Stoici, è la culla della società umana (1)? E qual è il padre, che può vivere indifferente alla sorte futura de' suoi figli, e morire tranquillo, quando non ha esteso sul loro avvenire la sua benefica sollecitudine? Da quanto in qua l' uomo è un punto isolato, una unità astratta, un essere senza legami con ciò, che lo precede a lo siegue? Quanto si oblia la natura nel separarlo dalle persone, che sono il prolungamento di sè medesimo! Quale violenza non si commette contro la sua libertà, il suo cuore, contra tutt' i presagi dell' avvenire, quando si vuole, ch'ei non lavori con costanza e zelo per dare a questa continuazione della sua persona una solida base ed una durevole esistenza!

15. È dunque contrario alla natura, che l' uomo si estingue totalmente: vive per la memoria, vive pe'suoi benefici, vive in coloro, cui à dato la vita, e che riproducono i lineamenti del suo volto; vive in quella famiglia, di cui è lo stipite, e che serba il suo nome, la sua spoglia mortale, e la sua tomba. Consultate gli annali dei selvaggi dell'America e le relazioni de'viaggiatori, e vedeta quale attaccamento queste rozze popolazioni hanno per gli ossami de' loro avi. Sono appena iniziati ne' primi rudimenti della proprietà, e nonpertanto evvi una proprietà, cui sono legati pinicchè a sè stessi, quella cioè della tomba paterna (2), perciocchè essa riassuma tutto il passato e tutte quelle reminiscenze, senza delle quali la vita presente non sarebbe che un nulla.

Or poichè l' uomo è destinato a sopravviversi ne' suoi, bisogna pure, cha non oblii, mentre vive, coloro, da' quali dopo la sua morte non dev'essere obliato. D'onde il lavoro del padre di famiglia per acquistare, d' onde la sua economia per conservare, d'onde ancora il suo testamento per trasferire agli altri quello, che ha acquistato e conservato (3). Quale follia l'immaginare, che l'uomo impiegherebbe le forze del suo corpo e del suo animo per arricchirsi, se tutto dovesse perire con lui? Invece quando sa, che nel lavorare per lui, lavora pure pe'suoi, sentesi animato da una coraggiosa e nobile emulazione. Prosegue l'opera sua con perseveranza e soddisfazione, nè si riposa, se non quando si crede in misura di pagare a coloro, che ama, il debito del beneficio.

Il testamento è uno degli atti, che gli permettono di compiere questo dovera così sacro, che Virgilio mette nell'inferno coloro, che obliano i loro parenti nella disposizione delle loro ricchezze (4). Il testamento à uno di quei legami, che serbano questo scambio di sentimenti naturali, questa solidarietà di famiglia, questa società feconda a progressiva, ove ciascuno versa la sua quota, ove i sopravviventi profittano del lavoro de' loro antecessori, e vi aggiungono la loro propria opera pel maggiore vantaggio de' loro successori. S'è vero, che il dritto naturale sia quello, che risulta da' rapporti, che la natura ha necessariamente stabilito tra gli uomini (5), nulla più del testamento è conforme a tal dritto (6), perchè è l' amore della famiglia, che si distende nell'avvenire. Il testatore si mostra paterno e previgente come il legislatore, cha dà al suo popolo delle leggi durevoli.

Questi costituisce la società non per un giorno, ma per una sequela di generazione. Il primo costituisce la famiglia, non perchè perisca con esso, ma perchè prosperi nell' avvenire per la dote, cha le ha generosamente lasciata. Fuvvi un tempo, in cui la barbarie asiatica faceva perire la famiglia intiera insieme col padre egoista, che non aveva saputo morire solo (7). Per lo contrario presso i popoli inciviliti muore dell' uomo solo quello, che deve morire, ma la sua anima, la sua memoria, i suoi benefizi restano viventi nella famiglia, cha gli sopravvive; questa è la solidarietà della vita in luogo della spaventevole solidarietà della tomba.

16. Non è difficile di rispondere a' dubbî degli avversari.

Bynkershoeck ricava il suo da che la proprietà finisca col possesso, a che quindi le cose, di cui si era proprietario durante la vita, ritornano alla massa comune dopo la morte, che mette fine al possesso.

Ma può dirsi nulla di più inconsiderato di una tale proposizione? Da che la proprietà ha per origine l' occupazione di una cosa senza padrone, non siegue, che la proprietà cessa con l' occupazione. Senza di che non vi sarebba veruna differenza tra la proprietà ed il possesso; forse non à la proprietà qualche cosa dippiù del posto, che uno occupa al sole o nel teatro? Se mi seggo in una pubblica passeggiata, nol fo, per rimanervi sempre, ma bensì per prendervi un istante di riposo. Ma quando occupo una cosa a titolo di proprietà, lo fo col pensiero di conservarla esclusivamente, definitivamente, perpetuamente. La mia volon-

(1) *A quo initio profectam communem humani generis societatem persequimur.* (Cicer. *luogo cit.* 19.).

(3) Cicerone *Tuscul*, I, 14.

(5), *Ius autem, quod ita dici, appellarique possit, id esse natura.* (Cicerone *De finibus*, 3, 21).

(6) Cicerone, *Tuscul.*, luogo cit.

(2) Châteaubriand — *Viaggio in America* pag. 187.

(4) *Eneide*, lib 6, vers. 610.

Aut qui divitiis soli incubere repertis.

Nec partem posuere suis; quae maxima turba est.

(7) Si trovano delle traccie di quest'uso in America, (Chateubriand, *luogo cit.*, pag. 290).

Digitized by Google

tà aggiunge all'occupazione un carattere preciso, che fa, che questa occupazione non sia una detenzione precaria, un possesso momentaneo, un passaggio rapido senza stabilità. Prendo la cosa; e s'è una selvaggina che ho uccisa alla caccia, od un frutto, che ho raccolto in una terra senza padrona, il mio dritto sulla cosa è talmente sovrano, che posso conservarla e distruggerla intieramente. Con maggiore ragione posso conservare, migliorare, trasformare la cosa presa, se appartiene a quelle, la cui conservazione import' a' miei interessi. Ebbene, che significa tutto ciò, se non che la proprietà è un dritto assoluto, che dura, si perpetua, e non può perdersi, se non per la volontà espressa o presunta del proprietario? Qual'è dunque colui, ch'eleverebbe a grandi spese delle costruzioni, intraprenderebbe delle migliorazioni dispendiose, si abbandonerebbe agl' incessanti e penosi lavori della coltivazione, se la cosa dovesse sfuggirgli dalle mani, e non vi fosse per sempre assicurata per lo dritto di proprietà? Che importa, che il possesso corporale venga per un momento a cessare, se il proprietario ritiene per la sua volontà il possesso intenzionale? Forse il suo dritto non parla alto per mezzo degli atti, che ha impresso sulla terra, pe'sudori, che vi ha versato, pe'capitali, che hanno servito a farla prende e un aspetto diverso? Forse questi non sono segni parlanti di quel dritto di proprietà, la cui legittima forza non potrebbe dipendere da un accidente materiale ed involontario? Ho abbandonato il mio posto momentaneamente; ma la volontà del mio ritorno vi è impressa dalle fatiche che vi lascio e dal solco, che ricorda il mio lavoro; chiunque vi pone la mano è un violatore della società degli uomini (1).

17. Tutto questo mi si dirà, è incontrastabile, sinchè la volontà del proprietario esista per conservare la proprietà, ma come applicare questa dottrina a colui, del quale la morte ha portata via la persona ed estinta la volontà? *Mors omnia solvit.*

Questa obiezione non è seria, e vi sono molte risposte, che la polverizzano.

Dapprima Byukershoeck, malgrado il suo distinto ingegno, cade in un evident'errore, quando s'immagina, che la morte del proprietario, concedulo, che abbia quest' esagerato potere di dissoluzione, deve naturalmente fare rientrare la cosa nella massa comune: Notate, che la massa comune potrebbe trovarsi imbarazzatissima di questa riversione, perocchè bisognerebbe, che rimborsasse a' rappresentanti del proprietario i miglioramenti e le spese, per le quali ha cambiato l'aspetto della cosa, e quest' indennizzazione sorpasserebbe di molto il valore intrinseco dell'oggetto ripreso (2). Ma passo sopra di questa difficoltà, e dico così: il defunto ha avuto de' comproprietari o almeno dei compossessori, che hanno diviso con lui i suoi lavori, che hanno partecipato alla sua detenzione, ed al suo godimento, che nel momento della morte occupano la cosa, se ne servono, la lavorano e la seminano. Si ha forse dritto di venir a dire a questi possessori in nome del dritto naturale, che la lor occupazione non dev' essere presa in considerazione? E non sarebbe invece il più brutale rovesciamento del dritto naturale? Non sono forse dessi i primi occupanti relativamente agli estranei? Non posseggono col consenso del proprietario? Non è questi, che se gli ha associati? La famiglia è una società formata dalla natura, ed unita pel doppio legame dell' affezione e dell' interesse. Ivi tutto è comune sotto l'autorità paterna; l'istesso tetto, lo stesso focolare, la medesima tavola; vi sono la stessa borsa, ed il medesimo patrimonio arricchiti dal lavoro comune, e che provveggono alle spese comuni. Se il padre ed i figli formano un medesimo sangue; se le loro persone si confondono nell' unità domestica, forse i beni, che formano l'appannaggio di questa società, non si trovano anch'essi necessariamente in uno stato di quasi comunione? Le famiglie rurali del medio-evo (3) possono essere studiate come il tipo di questa comunione naturale, i di cui membri non potrebbero essere gli uni dagli altri separati senza inumanità, ed i di cui beni non potrebbero essere tolti a' sopravviventi senza di un attentato. Là la famiglia si mostra con maggior luce come un corpo morale, di cui tutt' i membri sono uniti per la solidarietà di uno stesso lavoro, delle stesse prosperità, e de'medesimi rovesci; ove ciascuno ha la sua parte nell'assistenza comune, ove ciascuno ha il suo dritto nel bene comune, ove la morte del capo non vieta alla società di sussistere tra' sopravviventi, ove la proprietà passa dal padre a'figli senza interruzione, perchè il corpo morale non è distrutto.

Codesta forma della famiglia può comprendersi sol per se stessa; perciocchè respinge tutte le utopie e le immaginazioni de' dotti, troppo sprezzanti delle profondi abitudini dell' umanità. E se mi si obbiettasse, che al dì d'oggi le famiglie sono ben lungi dal vivere in questo stato di stretta unione, e che il mio argomento si prevale di fatti sociali ora esauriti, risponderei, che restano sempre nella famiglia e specialmente nella linea diretta, segni di unione molto intimi, perchè il mio argomento serbi nel mio punto di vista tutta la sua esattezza. Se trovate l'istesso sangue, le

(1) Il mio piccolo *Trattato della proprietà*, cap. 3, e il mio commentario *De la Prescrizione* t. 1, ni 2 e seg.

(2) V. il mio piccolo *Trattato della proprietà* Cap. 7.

(3) Il mio piccolo *Trattato della proprietà* Cap. 4.

Digitized by Google

islesse impronte di somiglianza (1), lo stesso nome, la stessa solidarietà di onore, la stessa responsabilità morale, le stesse reminiscenze di origine, le stesse reciproche affezioni, è quanto basta per stabilire quest'energica e potente unità della famiglia, questa vita comune, questo legame morale, che non permettono la disposizione de' beni del defunto in mani straniere e senza dritto.

18. È dunque certo, che il corpo morale della famiglia, e soprattutto questo compossesso de' figli, si oppone alla pretesa riversione, di cui parla Bynkershoeck ne' suoi sogni di dritto naturale, che hanno il torto di obliare il più naturale di tutt' i dritti, il dritto de' figli (2). Il compossesso unito all'affezione del padre pei sopravviventi, invece di prestarsi a questo chimerico ritorno, apre la successione naturale e legittima a favore della famiglia, ch' è la prima occupante, ch' è associata alla proprietà, ch'è la prima situata nelle affezioni dei parenti (3).

Epperò il dritto, di cui parleremo più basso, che vuole, che i figli abbiano una parte certa nel patrimonio de' genitori è un dritto naturale di prima classe. Il padre, che li disereda, manca ad un dovere della natura: il suo testamento è *inofficioso* giusta la bell' espressione de' Romani (4), perciocchè il più bell' officio de' parenti è calpestato da questo padre snaturato. Come mai ha potuto egli credere di aver fatto tutto pe' suoi figli col metterli al mondo? E che cosa è la vita senza i mezzi per sostenerla? è il dono degl' insetti e de' vermiccinoli: *Muscarum ac vermium bonum* (5). Colui solo adempie al suo dovere paterno, ch'è prodigo di cure verso i suoi figli, che loro comunica il beneficio dell'educazione, che rischiara l' animo loro con la fiaccola della religione e de' costumi, e che provvede per quanto è in lui al loro benessere (6). Le cure dovute ai figli abbracciano necessariamente la cura del loro benessere (7). Nel dare loro la vita, il padre è debitore verso de' suoi figli in proporzione de' propri mezzi di ciò, che la rende sopportabile ed agevole. *Non est bonum vivere, sed bene vivere* (8): onde contrae sotto tale rapporto la più stretta e sacra obbligazione.

20. Bynkershoeck si è dunque immerso nelle più fitte tenebre dell' errore, quando obliando l' esistenza della famiglia, fa comparire lo Stato per prendere la proprietà ed il possesso del defunto. Ed un Giureconsulto è inescusabile, se parlando a nome del dritto naturale, possa d'accosto a' sacri legami della paternità e della consanguineità senza vederli.

Ma anche quando non vi fossa la famiglia per evincere lo Stato e le usurpatrici pretensioni, che in di lui nome si elevano, vi sono altre considerazioni, non meno potenti, che mettono l'ultima volontà del proprietario al di sopra di tutte le obiezioni.

La proprietà è un diritto trasmessibile, onde si può cambiare e vendere la cosa, di cui si è proprietario. Dicevamo or ora, che si può pure consumarla e distruggerla, quando il proprietario vi ha interesse, e che questa cosa è consumabile pe' bisogni della vita. Similmente la libertà del proprietario giunge sino a disfarsene, quando vi trova il suo profitto. L'alienazione della cosa è una maniera di goderne; se fosse altrimenti, il dritto di proprietà non sarebbe un dritto assoluto, un dritto nella forza del termine. Ovunque la libertà naturale del proprietario non è soggiogata da leggi tiranniche ed irragionevoli, v'ha un dritto sovrano per surrogare alla propria cosa un' altra cosa, per sostituire del danaro ad un mobile ad immobile, del quale non si ha più bisogno, per ritrarne mercè la permuta e la vendita utili o comodi così legittimi, come i profitti, che risultano dalla coltura e dal possesso. Epperò, ripetiamolo, il dritto di disporre è uno delle più essenziali manifestazioni e de' più intieri attributi del dritto di proprietà.

21. Ora che altro è il testamento, se non una delle forme di questo dritto di disporre? Posso donare da mano a mano, spossessandomi attualmente; il che è l' atto di libertà più assoluto e più grave, e che meglio dimostra la sovranità e l'estensione del *jus utendi* del proprietario. A maggior ragione posso donare a condizione che serberò la cosa per un certo tempo, e che sino ad un certo tempo differirò il mio beneficio; oè vi è cosa, che m' impedisca di stipulare, non dovero pervenire il godimento al gratificato che dopo la mia morte. Ha forse la più austera critica alcun che da rimproverare sia ad una vendita con riserva di usufrutto, sia ad una donazione con la stessa riserva? La morte del venditore o del donante è un' epoca come ogni altra, e nulla vieta di farne la condizione di una disposizione.

Ora facciamo un passo di più, e domandiamo, se colui, che vuole vendere o donare irrevocabilmente, ma con riserva di usufrutto,

(1) V. gli esempi curiosi riferiti da Plinio VII, 10, e che provano quanto la natura ha voluto imprimere nella famiglia la rimembranza de' suoi autori. Plinio dice, che le impronte, che i Daci si fanno nel braccio, si ritrovano sin' alla quarta generazione.

(2) Paolo, L. 7, D. *de bonis damnatorum.*

Cum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentum haereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suorum heredum nomen eis indictum est. . .

(3) Il mio piccolo *Trattato della proprietà*. V. pure il mio commentario *Della prescrizione*.

(4) Dig. *De inoff. test.* til. 2. Platone, Leggi, XI.

(5) Seneca, *De benef.*, 3, 31.

(6) Seneca luogo cit.

(7) Diog. Laer., 5, § 19; egli cita Aristotile — Seneca luogo cit.

(8) Seneca luogo cit.

non può per un'altra combinazione dare una cosa in custodia ad un amico, e dirgli al cospetto di un gran pericolo: « Conservatemi « quest'oggetto prezioso; se sfuggo al peri« colo, me lo renderete fedelmente: se vi soc« combo, conservatelo per ricordo della mia « amicizia. » Tale donazione, della quale si trovano degli esempi ne' racconti epici degli antichi e nelle tragedie (1), è così naturale, che non si concepisce, come possa far sorgere qualche scrupolo.

Il donatario viene impossessato della cosa, nè fa altro, che ritenerla, quando giunge la morte, ei che non è facile di vedere a nome di qual dritto o di qual principio ei potrebbe disputergliela.

Nè questo è tutto.

Nell'ipotesi, che abbiamo stabilita, abbiamo messo il donatario in possesso della cosa prima e nel momento della morte del donante, e mercè tale possesso ha potuto sfidare ogni critica. Si troverebbe per avventura contro di queste critiche men forte, se il donante, conservando nelle sue mani la proprietà ed il godimento, come nel caso di una donazione con riteuzione di usufrutto, vi eggiungesse la condizione di poter rivocare a proprio arbitrio la sua liberalità? Non comprendo perchè tale disposizione dovesse sembrare contraria al legittimo e naturale uso del dritto di propr età. Chi potrebbe dolersene? Forse il donatore, potendosi immediatamente privare delle sue cosa, non ha potuto usare del suo dritto a metà, e spogliarsi solo sotto certe condizioni eventuali, che diminuiscono in ciò, che lo riguardano, le gravità della disposizione? Così facendo, si è uniformato al pensiero saggissimo di un proverbio francese: « Che non bisogna spogliarsi prima « di coricarsi; ed ha evitato gl'inconvenienti, che troppo sovente avvengono per la prematura designazione della persona chiamata a succederci (2). Eleverebbe forse il donatario delle fondate doglianze? Ma il donante non è obbligato di essere verso di lui liberale; ei fa un atto puramente volontario Se la donazione non è attuale, se non è senza condizione, quale torto ne viene per la persone gratificata? Forse non ha innanzi a sè un vantaggio possibile? Un' eventualità favorevole non gli è aperta? E questa speranza non vale più del nulla?

Qui si presenta un'obbiezione di Puffendorff, che non risulta nè per una gran forza di discernimento nè per una gran forza di logica. Eccola:

In tutt' i casi di trasmessione di proprietà secondo il dritto naturale occorre il doppio consentimento e di chi aliena e di colui a di cui favore vien fatta l'alienazione. In questo doppio consentimento sta il contratto, ed esso dà alla trasmissione la forza diffinitiva. Ma per questo è necessario, che questi due consensi intervenghino simultaneamente, e che si uniscano l' un l'altro per formare un sol tutto. Or nel testamento anzichè la volontà del testatore e dell'erede si uniscono necessariamente, avviene per l'opposto, che sol dopo la morte del testatore l'erede accetta per mezzo dell'adizione. Il che non importa forse, essere la potenza del dritto civile indispensabile, affinchè la volontà del testatore non accettata nel momento della sua morte, produca effetto dopo di essa, e che possa l'erede aderire ad una volontà, ch'era semplicemente unilaterale, quando il suo autore è morto (3)?

A questo ragionamento di Puffendorff la risposta non è difficile, perciocchè il nostro Giureconsulto confondendo tutto, tutto mettendo sosopra, giudice l' uno per l'altro i più differenti punti del dritto.

Ed in vero perchè non vi è valido contratto tra vivi senza il doppio consenso delle parti? Perchè il contratto tra vivi fa sorgere degli effetti irrevocabili, e che dall' accordo solo delle due volontà possono risultare l'irrevocabilità e l'immutabilità della convenzione. Vi vendo il mio podere; ninchè non mi avrete detto di comprarlo, non vi ha nulla di stabilito, e se io muoio primachè non vi sarete pronunziato, il vostro consenso non può tradursi in accettazione. Questo consenso è tardivo, e viene ad incontrare un consenso, che non esiste più, un consenso, ch' era stato emesso col pensiero di una immediat' accettazione e di una realizzazione attuale, ch' è mancata; in una parola un consenso, le cui condizioni non si sono verificate, e ch'è svanito con esse.

Ma che vi ha di comune tra questa posizione e quella di un testatore? Come si può paragonare un testatore, che fa un opera essenzialmente rivocabile, al venditore o donatore, che vogliono raggiungere de' risultamenti irrevocabili e diffinitivi? Epperò invece di argomentare da uno di questi casi all' altro, Puffendorff avrebbe dovuto vedere, esservi tra le due posizioni una immensa differenza, cioè: che appunto perchè il testatore si è riserbato il dritto di cambiare la sua disposizione, si presume di avervi persistito, se non ha fatto uso di questo dritto, mentre che il venditore ed il donatore appunto perchè hanno la intenzione di spogliersi irrevocabilmente, sono considerati di avere rinunziato al loro pensiero, se durante la loro vita, esso non si è per l'adesione dell'altra parte realizzato.

D' onde poi questa consegnenza, che termina di confutare l'obbiezione di Puffendorff; cioè

(1) V. la donazione di Telemaco a quella di Ercole. Instit. di Giustiniano, *De donat.* § 1.

(2) Suetonio, Caligola, 38. Caligola mandò delle vivande avvelenate a de' testatori, che l'avevano istituito erede, e la cui morte trovava che ritardassa di troppo.

(3) Lib. 4, Cap. 10, § 6.

Google

che non è necessario di esigere la unione della volontà del testatore e dell' erede durante la vita del primo. Ed in vero come vi potrà essere un motivo logico, perchè l' erede debba accettare una volontà ambulatoria ed una liberalità rivocabile? Metto per un momento da parte tutte le considerazioni, che sarebbe possibile di ricavare dal pericolo de' patti sulle successioni future, ed insisto solo sulla prodigiosa inconseguenza del Giureconsulto, che sembra volere, che l' erede accetti la liberalità primachè sia diffinitiva. Se consultate la ragione per giungere mercè i suoi insegnamenti al dritto naturale, che n' è una splendida applicazione, vedrete che l' erede non può accettare la liberalità se non quando sia divenuto invariabile il pensiero, d' onde emana. Ebbene in qual momento la volontà del testatore perde il suo carattere ambulatorio? Quando la morte vi ha impresso il suo suggello, ed ha posto la sua eterna e fatale immutabilità in luogo dei capricci degli uomini. Per lo che l'accettazione dell' erede non può aver luogo, che dopo la morte del testatore, perciocchè si accetta un dono sol quando è diffinitivo, e non è diffinitivo, che dopo la morte. Per lo contrario nelle disposizioni tra vivi, nelle quali domina un pensiero di attualità, a che varrebbe un' accettazione venuta dopo la morte, quandochè la volontà espressa era subordinata ad un' accettazione presente, che non si è verificata?

Cessa forse per quell'accettazione la presunzione di non essersi perseistito in quella volontà? E d' altronde non sarebbe un allontanarsi dall'essenza medesima dell'atto, qualificato *atto tra vivi*, il farlo valere allor quando bisogna ravvicinare la volontà di un sopravvivente a quella di un uomo morto?

Laonde è chiaro, che sotto tutti questi punti di vista il testamento non riceve nulla dal dritto civile; emerge dal dritto naturale;è un atto di libertà del padre di famiglia, e sol si allontana dal dritto naturale, quando il Padre di famiglia ne usa per violentare i dritti del sangue, nel qual caso il dritto civile opera saggiamente per reprimere quest' abuso della libertà e serbare i diritti della famiglia.

23. Puffendorff fa un' altra obbiezione. Le volontà di un defunto, egli dice possono essere impunemente neglette, e solo il dritto civile ha il potere di proteggerle (1). Ma chiamerei questa proposizione una bestemmia, se non appartenesse ad un Giureconsulto come Puffendorff. Se vi è tra gli uomini qualche cosa di sacro è la volontà de' moribondi. Quest'ultima pensiero inspira la pietà e comanda il rispetto; la preghiera di un moribondo è un ordine, il suo ordine è una legge. Colui, che disprezza l'ultimo voto di un agonizzante, commette un oltraggio verso l' umanità. sì che la pubblica opinione lo abbandona in qualche modo alle furie vendicatrici ed a' mani irritati di colui, alla cui confidenza risponde con la fellonia. Epperò quando il dritto civile presta il soccorso del pubblico potere a quest' ultima comunicazione di un' anima co' viventi, ch' è sul punto di abbandonare, esso altro non è che l' eco della natura e della religione. Come dunque Puffendorff ha potuto dire, potersi impunemente trasandare la volontà di un moribondo? il genere umano insorge contro questa idea, e Virgilio, il gran dipintore del cuore dell' uomo, è stato l' interprete di questo culto dell' umanità pe' morti, quando dopo di avere rappresentata la sventurata Didone vittima della sua amorosa disperazione, pone nel suo animo pentito e lacerato il rimorso di non avere serbata la promessa fede a'Mani di Sicheo(2). La più dolce consolazione de' moribondi è lo sperare, che coloro, che gli sopravvivono, saranno i fedeli esecutori de' loro ultimi voti; tradire questa speranza è un atto inumano ed una detestabile disobbedienza!

24. Teghiamo dunque per certo, essere il testamento nella natura, essere una consolazione della morte (3) essere per l' uomo uno dei più cari esercizî del diritto di proprietà. Diciamo con l' Imperatore Costantino in una delle sue costituzioni, che più di ogni altra ha l'impronta dello spirito di cristianità: « Nihil enim est; « quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam aliud velle « non possunt, liber sit stylus et licitum, quod iterum non redit, arbitrium (4). » Citiamo pure come bellissime queste parole di Quintilliano: « *Et in more civitatis et in legibus positum est, ut quotiens fieri potuerint, defunctorum testamentum stetur. Idque non mediocri ratione: neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem. Alioqui potest grave videri etiam ipsum patrimonium si non integram legem habet, et cum omne jus nobis in id permittetur viventibus, auferatur morientibus* (5).

25. Non termineremo questa dissertazione senza gettare uno sguardo sulla maniera, nella quale il dritto di testare fu considerato nell'Assemblea costituente nel 1791 (6).

Mirabeau giaceva sul suo letto di morte, quando l' Assemblea discuteva e decretava l'uguaglianza delle divisioni delle successioni tra' figli. Aveva egli meditata questa quistione per una specie di reminiscenza della proprio istoria; i rigori paterni l'avevano condotto a rin-

(1) Lib. 4, Cap. 10, § 4.

(2) Non servata fides, cineri promissa Sychaeo. Eneide Lib. 4, v. 553.

(3) Giusto Lipsio, lib. 6, *De Cruce*, prefazione, dice eleganlemente secondo Quintiliano *Solatium fati est voluntas ultra fatum.*

(4) L. 1. C. *De sacr. Ecclesiis*

(5) Decl 308.

(6) Istoria parlamentaria T. 9° pag. 283 e seguenti.

tracciare le fondamenta del dritto di diseredazione, ma morì senza di avere potuto portare alla tribuna la sua opinione, sempre così potente sull' Assemblea costituente. Se non chè il suo discorso era scritto, e Tallayrand venne a leggere in mezzo dell' emozione e dagli applausi quest' ultima parola, *quest' ultimo sospiro* del grand'oratore (1). Dubito, che questo squarcio produca la stessa impressione su' lettori odierni, sopra tutto se si richiamano a memoria le ciniche parole, che gli sfuggirono nel dare a Talleyrand il suo manoscritto : « *Sarà burlesco di sentire parlare contro dei testamenti un uomo, che più non esiste*, e *che ha fatto il suo* (2). Così quest' uomo, che si era burlato di tante cose, prendev' a gioco sul suo letto di morte anche il suo soggetto, il suo pubblico, e le sue disposizioni. Del resto Mirabeau aveva, come altrove l' ho detto (3), le più false idee sull' origine della proprietà, e non potev'averne delle esatte sul testamento. Onde non fa altro, che riprodurre con un certo splendore i luoghi comuni di Bynkershoeck e di altri Giureconsulti, che nella fine del decimottavo secolo infettarono de' loro imprudenti sofismi la scuola il foro e la filosofia del dritto.

Comincia Mirabeau con qualche frase d'indulgenza pe' giuristi, che hanno creduto appartenere il testamento al dritto naturale (4), aggiungendo hanno potuto ingannarsi sul fondamento ed il carattere di un uso così generale, perocchè si è facilmente indotto a riguardare come principio attinto dalla natura ciò, ch'è generalmente adottato. « Degli errori ben più grossolani sono sfuggiti alla filosofia de' legisti ».

Indi dopo qualche osservazione, ch'è inutile di rammentare, continua in questi termini: «... « Ma bisogna vedere quel che la ragione pronunzia su tal riguardo. Bisogna vedere, se « la proprietà esiste per le leggi della natura, « o se invece è un beneficio delle società. Bisogna vedere, se in quest'ultimo caso il dritto « di disporre di questa proprietà per via di « testamento n'è una conseguenza necessaria. « *Se consideriamo l' uomo nel suo stato originario* e senza regolare società co' suoi simili, sembra, che non poss' avere dritto esclusivo su di alcun oggetto della natura, « perocchè ciò, che appartiene ugualmente a « tutti, non appartiene realmente a veruno. « Non vi è alcuna parte del suolo, alcuna produzione spontanea delle terre, che un uomo « abbia potuto appropriarsi in esclusione di « un altro uomo. Unicamente sul proprio individuo, sul lavoro delle proprie mani, sulla « capanna, che ha costruito, sull'animale, che « ha abbattuto, sul terreno, che ha coltivato, « o piuttosto sulla coltura stessa e sul suo prodotto, l'uomo della natura può avere un vero « privilegio. Dal momento, che ha raccolto il « frutto del suo lavoro, il fondo, sul quale la « sua industria si è esercitata, ritorna al demanio generale, e ritorna ad essere comune « a tutti gli uomini ».

« Ecco ciò che ne insegnano i primi principi delle cose ».

« La divisione delle terre *fatta e consentita* « *tra gli uomini ravvicinati tra loro, può* « *essere riguardata come l'origine della vera* « *proprietà;* e questa divisione suppone, come « si vede, *una società nascente, una prima* « *convenzione, una legge reale....*

« Possiamo dunque ritenere il dritto di proprietà, quale noi l' esercitiamo, come una « creazione sociale. *Le leggi non proteggono, non mantengono soltanto la proprietà;* « essa la fanno nascere *in qualche modo*, poichè la determinano, dandole il grado e la « estensione, che occupa ne' dritti del cittadino. »

26. Fermiamoci qui un momento.

Mirabeau ha la pretensione di salire a'primi principi delle cose, ma si perde nelle ipotesi fantastiche, che gli fanno obbliare le vera istoria dell' umanità.

Ove mai Mirabeau ha trovato la traccia di uno stato originario dell' uomo fuori di ogni società? La mitologia pagana non ha mai nulla inventato di più favoloso di questo stato; giammai una più vana chimera è stata presentata all' immaginazione. Separare l' uomo dalla società è metterlo in ostilità con la natura e non nello stato di natura. L'uomo non è passato per uno stato di questa specie; non è stato insociabile prima di essere quale lo vediamo figurare nella storia di questo mondo, non ha mancato di leggi morali prima di avere delle leggi scritte. Crede forse Mirabeau, che i Castori hanno avuto uno stato primitivo anteriore alla meravigliose loro repubblica (5), o che le Api, stanche un giorno della vita solitaria, hanno avuto un congresso per decidere, che si riunirebbero in società, che formerebb ro una monarchia, e si darebbero una polizia e delle leggi (6) ? E se l' illustre oratore era convinto, che l'associazione è per questi intelligenti animali lo stato di natura, quale strana preoccupazione facevagli adottare l' assurda ipotesi, che l' uomo, ossia il più socievole degli animali, non abbia portato nel nascere l' innato istinto, l' invincibile bisogno, la potentissima necessità della società ?

(1) La stessa tom. 9, pag. 285, espressione di Tallerand.

(2) Thiers, Rivoluzione francese, t. 1, pag. 302.

(3) Il mio Piccolo *Trattato della proprietà*, Cap. 28, pag. 113 e 114.

(4) Storia parlamentaria tom. 9, pag. 286.

(5) Chateaubriand, Viaggio in America, t. 7, pag. 153 (Furne 1837) ha descritto queste società di animali intelligenti.

(6) V. il 4° libro delle Georgiche di Virgilio, v. 155. *Magnisque agitant sub legibus aevum.*

Digitized by Google

Ma ciò che semprepiù confonde il buon senso, si è, che Mirabeau dopo di avere preso il suo punto di partenza da questi folli sogni, si pone a formolare leggi precise di quest' immaginario stato. Il tentativo non è burlesco? Decide quindi di sua pien'autorità, che l'uomo così considerato senza regolare società co'suoi simili, non ha potuto avere un dritto esclusivo su veran oggetto del'a natura. In verità non comprendo, perchè decide così, perciocchè poco dopo accorda all' *uomo della natura* un privilegio esclusivo sulla sua capanna sul prodotto della sua caccia, sul frutto del suo lavoro e della sua coltivazione. Ne prendo atto, e dimando come, ciò premesso, può egli affermare regionevolmente, che quest'uomo della natura non può avere verun dritto esclusivo su di alcun oggetto della natura? Forse l'animale ucciso non è un oggetto della natura? Forse il leguame, che sostiene e copre la capanna, non è del pari un oggetto della natura? E perchè dunque queste cose per la stessa confessione di Mirabeau entrano nel dominio privato dell'uomo, e tutte le altre, che la natura ci ha dato, non sono suscettibili di appropriazione? Forse perchè il proprietario ha vinto e trasformato le prime con la sua forza e l'industria, e le possiede col pensiero di restarne il solo padrone privilegiato? Ma ciò stabilito, qual'è la ragione solida, che vieta a Mirabeau di smettere il dritto di proprietà su' frutti spontanei della terra, che nominatamente esclude dell' appropriazione? Forse non occorre del travaglio per raccorli? E se l'albero (che pur è un frutto spontaneo della terra) può cadere nel dominio privilegiato dell'uomo, quando questi l' ha lavorato per farne la sua capanna, non bisogna dire lo stesso di tutti gli altri frutti naturali e spontanei, che uno si appropria mercè la raccoglizione? Forse la raccoglizione non è come la caccia e la pesca un mezzo naturale di appropriazione? Ora vado più lungi, e da conseguenza in conseguenza porto Mirabeau sul terreno della proprietà dei fondi, innanzi la quale la sua logica arbitrariamente retrocede. E come! l'uomo della natura avrà il dritto incontrastato di togliere un albero secolare, e fabbricarne una capanna, che gli apparterrà sempre, e gli si vieterà poi di occupare il suolo per mezzo della coltivazione, e di divenire proprietario di questa terra, che avrà resa feconda mercè de' lavori ben diversamente lunghi penosi ed intelligenti di quelli di un costruttore di un meschino tugurio. E d' altronde, oblia Mirabeau che questa capanna, della quale il suo uomo della natura è proprietario privilegiato, è impiantata sulla terra? Consent' egli dunque a sottrarre dalla proprietà comune questo suolo occupato da costruzioni? E perchè poi dissente per quel suolo occupato da coltivazioni, che l' arricchiscono, da piantagioni, che vi si elevano, e da fatiche, che hanno versato nel solco il sudore dell' uomo?

Tutta codesta teoria di Mirabeau è evidentemente senza senso. Nel riprodurre la dottrina della scuola di Bynkersoeck non le dà nè maggiore precisione, nè più concatenamento, nè più spirito di analisi; anzi senza saperlo ne fa maggiormente risaltare le parti deboli, perciocchè pone in maggiore rilievo per le sue vive parole le troppo famose inezie del *Contratto sociale* che candidamente accetta come base incontestata di argomentazione.

Ma che pensare di un oratore, consacratosi per la generosità del suo animo alla difesa della libertà, il quale viene freddamente a dichiarare, essere la proprietà una *creazione sociale, essere nata* dalle leggi, e sol per queste avere un posto tra'dritti del cittadino? Che avverrebbe della libertà con tali dottrine? Se la legge ha fatto la libertà, può dunque disfarla o rifarla; sì che sarà l' uomo il tristo schiavo di una legge arbitraria, che regolerà a suo proprio piacere tutti gli atti della libertà umana, che mettono capo nella proprietà. Sono codeste le dottrine dell' Oriente, e le massime de' despoti. Dovevano mai rattrovarsi nella bocca di un amico della libertà (1)?

27. Riprendiamo ora il seguito degli argomenti di Mirabeau.

Dopo di avere a suo modo stabilito, solo le leggi riconoscere e garentire i dritti di proprietà, intraprende la quistione, se da questa garentia promessa al proprietario siegue, che possa egli disporre arbitrariamente de' suoi beni pel tempo, in cui non sarà più.

« A me sembra, o signori, che tra il dritto, « che ha ogni uomo di disporre della sua for« tuna durante la vita e quello di disporne « dopo la morte, non v' ha minore differenza « di quanta ve n'è tra la vita stessa e la morte. « Quest'abisso aperto dalla natura sotto i piedi « dell' uomo, inghiottisce con lui anche i suoi « diritti, di talchè sotto tale rapporto essere « morto o non essere mai vivuto è la medesi« ma cosa. Quando la morte viene a colpirci « di distruzione, come ci possono sopravvivere « i rapporti annessi alla nostra esistenza? Il « supporlo è una vera illusione, perchè è un tra« smettere al nulla la qualità di un ente reale. »

« So bene, che gli uomini hanno in ogni « tempo professato un santo rispetto per la « volontà de' morti. La politica la morale e la « religione sono concorsi per consacrare que« sti sentimenti, e vi sono senza dubbio dei « casi nei quali il voto dei moribondi de« v' essere legge pe' sopravviventi; però que« sto voto ha leggi esso stesso, ed ha confi« ni naturali, ond' io penso, che nella qui-

(1) Il mio piccolo *Trattato della proprietà*, Cap. 23.

« stione, di cui si tratta, i diritti dell'uomo in « fatto di proprietà non possono estendersi al « di là dal termine della sua esistenza.

« La proprietà avendo per fondamento lo « stato sociale, è soggetta, come gli altri vantaggi, de'quali la società è arbitra, a leggi e « condizioni. Per lo che da per tutto vediamo « il diritto di proprietà sottoposto a talune regole, e racchiuso secondo i casi in confini, « più o meno angusti. Così presso gli Ebrei « gli acquisti e le alienazioni delle terre erano « fatte solo per un certo tempo, ed il giubileo a capo di 50 anni vedeva rientrare « tutt'i fondi nelle famiglie de'loro primi padroni. Così malgrado la libertà lasciata in « generale a' cittadini di disporre della loro « fortuna, la legge reprime la prodigalità con « l'interdizione; si potrebbero citare altri venti « esempi.

« Adunque la società è nel diritto di ricusare « a' suoi membri in uno o tal'altro caso la facoltà di disporre arbitrariamente della loro « fortuna ».

Mirabeau abbozza in prosieguo un ritratto severo della legislazione romana, che tanto aveva accordato alla potenza del padre di famiglia. Mette io rilievo il *dritto naturale* dei figli sulla successione de'loro padri, dritto naturale, che spiega di una maniera molto bizzarra, supponendo, che i beni del defunto rientrono *di diritto* nel demanio comune per ritornare poi per effetto *della volontà generale* agli eredi legittimi, naturalmente chiamati a continuare *ed il godimento del lore autore ed i dritti risultanti dallo stato precedente di comunione* Quando sostengonsi tali eresie, bisognerebbe almeno non immaginarsi di essere l'avversar o chiaroveggente *de' resti impuri delle leggi feudali*, imperciocchè questa teoria delle successioni è parola per parola la teoria del dritto feudale. Bisognerebbe ancora non più insistere su questa *continuazione degli stessi godimenti e degli stessi diritti emergenti dal precedente stato di comunione*, perocchè la continuità del godimento e la continuità del possesso menano per retta v'a, non alla teoria feudale esposta dal nostro grande oratore senza saperla, ma alla massima del dritto francese: *Il morto impossessa il vivo*, che n'è il rovesciamento.

27. Pure non insistiamo su queste inconseguenze; perocchè la maggiore di tutte è l'aver detto: « Essere morto e non essere mai vissuto è la medesima cosa ». Plinio ha espresso un pensiero audace, così tradotto da uno dei nostri antichi Poeti:

« Un'ora dopo la mia morte, la mia anima « svenuta sarà quello, ch'era un'ora prima « della mia vita (1). »

È questa una soluzione del problema dell'altra vita, che ciascuno può valutare giusta il grado della sua fede a de'suoi lumi e secondo le forze del suo spirito. È un intiero sistema, sul quale si disputa da lungo tempo, e si disputerà sempre, dapoichè un mistero impenetrabile copre quest'alta quistione, nella quale l'uomo si riassume per intiero. Però giungere sino a dire che la morte cancella il passaggio dell'uomo per tal modo, come se il soffio della vita non l'abbia mai animato, è una figura rettorica, che ridotta al suo giusto valore, non ha senso. Forse l'uomo non ha lasciato dei figli, ne'quali si continua? Non ha forse lasciato degli atti, la cui memoria durerà sempre? Non ha forse trasmesso de' diritti, fatte delle alienazioni, conferito delle azioni, delle quali la morte non altera la irrevocabilità, nè cancella l'indefinita durata? Forse queste opere della sua volontà non imprimono con un indelebile suggello il cammino della sua vita? Egli ha dunque dritto di dire: *Non omnis moriar*. E se la sua volontà sopravvive alla morte per serbare le sue vendite, le sue donazioni, le sue permute, perchè non serbare il suo testamento?

Mirabeau proseguendo le sue dedizioni, si eleva con forza contro le disposizioni testamentarie, che rovesciano l'economia della successione intestata, e ricorda la proibizione de' testamenti in Atene prima di Solone, e la legge di questo celebre legislatore, che nell'accordare il dritto di testare, eccettuò però da tal dritto i capi di famiglia, volendo che tutto fosse *regolato in linea diretta dalle leggi della Repubblica* e *nulla dalla volontà dei cittadini*.

Indi soggiunge:

« E che! non bastano per la società i capricci e le passioni de' viventi? Ci è pure « mestieri di subirne i capricci e le passioni « quando più non esistono?.....Non abbiamo « veduto una folla di testamenti, ne' quali respirava ora l'orgoglio ora la vendetta; qui un « giusto allontanamento, là una cieca predilezione? La legge cassa i testamenti det'i « *ab irato*. Ma pe' testamenti, che potrebbero chiamarsi *a decepto*, *a moroso*, *ab* « *imbecille*, *a delirante*, *a superbo*, la legge « non li cassa, nè può cassarli. Quanti di questi atti de' morti intimati a'vivi, ne' quali la « follia sembra contendere con la passione; « co' quali il testatore dispone talmente della « sua fortuna, che, vivente, non avrebbe osato « di farne la confidenza ad alcuno; in una « parola delle disposizioni tali, che per permettersele, è stato d'uopo trasandare del tutto « la memoria di sè stesso, e pensare, che la « tomba lo coprirebbe contro il ridicolo ed i

(1) *At quanto facilius certiusque, sibi quemque credere, ac specimen securitatis antegenitali sumere experimento!* Plinio, VII, 56, in fine. (Ediz. Panck., t. 6 pag. 144).

Digitized by Google

« rimproveri ! » (Applausi). Da ultimo dopo altri eloquenti sviluppamenti su' vantaggi dell'uguaglianza tra'figli, Mirabeau conchiudeva, che il padre di famiglia non potesse togliere a' suoi figli per donazione o testamento, che il decimo de' suoi beni.

Per giungere a correggere qualche abuso della facoltà testamentaria ed assicurare a'figli il diritto ad una legittima non occorreva di elevare questo brillante ponte di sofismi. Perocchè si può benissimo conciliare l' origine naturale del dritto di testare con l' obbligazione del padre di famiglia di non oltrepassare una certa quota disponibile ; la quale conciliazione non abbisogna di veruna sacrifizio richiesto al sacro dritto della proprietà ed ai suoi necessari attributi.

29. L' indomani del giorno, in cui fu letto all' Assemblea costituente questo veemente discorso, Robespierre venne a sostenere la medesima tesi col più freddo e pesante discorso, che un rettore di luoghi comuni possa elaborare (1).

È lo scheletro di Rousseau ed una parafrasi di Mably così secca, come lo stesso Mably. « Qual' è il motivo della facoltà di testare ? « Può l' uomo disporre della terra, che ha « coltivato, quando egli stesso è ridotto in « polvere ? No ! La proprietà dell' uomo dopo « la sua *morte deve ritornare al demanio pubblico della società*. Solo pel pubblico interesse essa trasmette questi beni alla posterità del primo proprietario. Ora l' interesse « pubblico è quello dell'uguaglianza ; dunque « in qualunque caso l' uguaglianza deve stabilirsi nelle successioni » . . . Penso di non avere più bisogno di confutare queste ripetizioni di un ostinato materialismo, e di porre la verità accanto di tali mostruosi errori. Tralascio pure una pagina di consuete declamazioni, e raggiungo la conclusione dell'oratore...

« Da quanto precede dunque conchiudo, « che l' uguaglianza delle successioni non può « essere turbata dalle disposizioni dell' uomo, « *ma non conchiudo però, che la facoltà di* « *testare debba essere del tutto ammirata*. « (Quale contradizione !) Credo, che il cittadino può essere il padrone di disporre di « una parte della sua fortuna, purchè non turbi « il principio d' uguaglianza verso de' suoi « eredi. Epperò sono di avviso, non potersi « favorire veruna de'suoi eredi in pregiudizio « dell'altro, sia in linea diretta sia collaterale, « salv'i casi, che saranno dalla legge determinati (2) ».

30. A Robespierre successe Tronchet, dapoichè molti membri dell' Assemblea avevano desiderato di conoscere l' opinione di questo rinomato Giureconsulto. Ubbedì egli a questo voto ; ma Mirabeau aveva esaurita la materia sotto il punto di vista della teoria del *Contratto sociale*; laonde Tronchet, parteggiano di quel sistema, come la maggior parte dei Giuristi di quell'epoca, riprodusse in una forma più severa, ma meno eloquente tutte le idee di Mirabeau. Nello stato di natura l'uomo non ha dritto di proprietà ; il dritto di proprietà procede dalla convenzione sociale, ed una seconda convenzione sociale ha accordato il dritto di trasmetterla. Così una convenzione sociale permetta all' uomo di derogare in certi casi alla trasmessione legale.

« La legge immutabile della natura, che ha « creato l' uomo mortale, limita invincibilmente il suo dritto di proprietà, se non ad « un semplice uso, almeno ne' limiti della sua « esistenza. Per la qual cosa il dritto di trasmettere dopo lui è una eccezione alla legge « naturale primitiva ed una concessione necessaria, che la legge civile ha fatto all' uomo, meno pel suo ut le personale, che pel « comune interesse della società »

Siccome abbiamo dimostrato l' errore di questo sistema nel rispondere a Bynkersoeck, non ripeteremo qui la nostra argomentazione. Una cosa sola ci sembra eccellente nel discorso di Tronchet, ma dessa è una inconseguenza ; voglio dire la seguente osservazione sulla successione *ab intestato*.

« La legge della natura ci prescrive, che « colui, che ha dato l' essere ad un individuo, « deve non solamente assicurargli la sua esistenza ma procurargli ancora i vantaggi, « che debbono assicurarla. La voce della « natura ha detto : colui sarà l' erede, al « quale avrai dato l' essere ; essa ha impresso « ne' nostri cuori questo naturale sentimento « di uguaglianza tra tutt' i figli di un medesimo padre, che pocanzi avete sì sollennemente riconosciuta. La legge della natura « ha dato a'figli l'amore, il rispetto, la riconoscenza verso coloro, che hanno ad essi conceduto il beneficio della vita e l'altro anche « più prezioso dell'educazione. La natura unisce con un più stretto legame gl' individui « nati da un ceppo comune, ne fa una famiglia, loro impone l' obbligazione di aiutarsi « e soccorrersi, e successivamente li chiama « a raccorre i beni gli uni degli altri (3) ».

31. Questo linguaggio è eccellente, ma stupisco di trovarlo in bocca di un uomo, che pone la proprietà la successione il testamento non nella natura, ma nella convenzione, imperciocchè questo preteso contratto sociale è nettamente condannato dalle surriferite sagge e vere parole. Sì certamente ; vuole la natura, che il padre assicuri in avvenire la sussistenza de'figli ; sì, la natura gli dice, che debba egli

(1) Storia parlamentaria t. 9, pag. 299.
(2) Istoria parlamentaria t. 9 p. 305.

(3) Storia Parlamentaria t. 9, p. 304.

Digitized by Google

lasciare i suoi beni a colui, cui ha dato l'esistenza. D'onde conchiudo, che la successione invece di essere il risultamento di una convenzione sociale, emana dal più puro dritto naturale, e che il testamento, per lo quale il padre realizza a favore de' suoi figli l'intimo voto della natura, procede dalla stessa sorgente senza ripetere il suo principio dal contratto sociale. La legge trova tutte queste cose belle ed elaborate da un operaio più grande de' più grandi legislatori. Nè fa altro, che dichiararle, formolarle, e preservarle da un uso abusivo. Del resto ci rincresce di dire, che Tronchet riprodusse la sua teoria illiberale nella discussione del Codice Napoleone, il che non importa, che il Codice l'abbia adottata, essendo stata combattuta da Portalis. D'altronde questa sorte di quistioni non si risolvono ne' Codici, essendovi una più eminente e più immutabile autorità, che le giudica in ultima istanza (a).

32. Si dimanda se il Codice ha seguito l'or-

(a) Comunque il testamento sia un'emanazione della proprietà, non sembra esserne però un così essenziale attributo, da non poter questa sussistere senza di esso. Perlochè pare a noi, che possono essi ben separarsi nella loro origine e nella loro necessità naturale, e che ritenendo la proprietà come una derivazione del dritto di natura, cioè di quel diritto, che la ragione insegna a tutti gli uomini, possa ben rimanere il testamento come una istituzione del dritto civile, indispensabile però in ogni ben ordinato stato sociale a fin di serbare il rispetto, comandato dalla ragione per le ultime volontà de' moribondi. Sotto del quale aspetto il testamento non è per sè stesso di dritto naturale, ma un soccorso, un mezzo a questo prestato dal dritto civile per rendere obbligatorie quelle volontà, che comunque sante e solenni, mancano però di una sanzione naturale. Per dritto naturale la volontà del defunto è un desiderio, che ove rimanesse ne' semplici confini di quel dritto, non potrebbe realizzarsi; ma poichè sarebbe empia immorale, che quel desiderio non si realizzasse, il diritto civile gli dà la sanzione, di cui manca.

Codesta idea apparirà più chiara dallo sviluppo, che vi daremo.

La proprietà è di dritto naturale; esiste nello stato di natura vero od ideale, ha determinato le leggi sociali, ed è condizione così essenziale della società, che questa non potrebbe sussistere senza di quella. È questa una verità pressochè intuitiva, uno di que' veri, che per la loro intrinseca evidenza colpiscono talmente l'intelletto, che e' indeboliscono, perdono di energia nella dimostrazione. La proprietà, si è detto, è un furto, un'usurpazione, ma il furto e l'usurpazione suppongono la proprietà; toglietene questa, e non vi saranno più nè ladri, nè usurpatori. Colui, che violentemente occuperà la mia casa o che s'impossesserà del mio fondo, che si approprierà il mio denaro, che mi torrà le mie vesti, eserciterà un dritto, non commetterà nè una usurpazione nè un furto!

Però la proscritta è la proprietà individuale; la proprietà dello Stato, il demanio pubblico è proprietà legittimamente naturale; le proprietà individuali non sono, che temporanee distrazioni di questa proprietà universale.

Omettiamo la quistione sotto l'aspetto politico; esaminiamola soltanto sotto il punto di vista naturale.

L'uomo prima di essere agricoltore è stato indubitatamente cacciatore e pastore. Nell'uno e nell'altro stato non ha avuto una proprietà immobiliare; un antro, o una grotta, atta a ripararlo dalla pioggia dirotta, dal freddo rigidissimo, o dagli ardenti raggi del Sole, era un ricovero comune a tutti coloro, che vi potevano penetrare. Però avrebbero essi consentito a rendere comuni le loro armi, il prodotto della loro caccia, ed il loro gregge? No certamente; i più abili i più forti ed i più destri vi avrebbero perduto in questa comunione; i più pigri ed i più deboli non valevano ad acquistarla da sè soli, ed essi hanno solo profittato delle proprietà dei primi o per la liberalità di questi, o pei servigi, che loro hanno renduto. La ragione loro insegnava, che spettasse esclusivamente a ciascuno quel, che ciascuno co' propri mezzi, con le proprie facoltà, con le proprie sofferenze, col rischio della propria vita si era procurato.

L'incivilimento, che aveva fatto tenui progressi, mentre i popoli rimasero cacciatori o pastori, cominciò a progredire, quando divennero agricoltori. Le nozioni della proprietà, connaturali all'uomo, eransi rafforzate mercè la sanzione sociale; la costruzione di una capanna aveva fatta sorgere una proprietà quasichè immobiliare; i dintorni di essa lo divennero progressivamente; così dall'occupazione nacque la proprietà immobiliare.

Ora è evidente, che in origine questa proprietà è necessariamente individuale. Quel pezzo di terreno, che l'uomo aveva inaffiato de' suoi sudori, al quale aveva affidato le sementi che con la sua industria si era procurato, che avea riparato dalle ingiurie delle stagioni e dalle devastazioni degli animali, gli apparteneva come prodotto del proprio lavoro. Quella stessa naturale ragione, che aveva imposto il rispetto delle armi, del prodotto della caccia, e del gregge; che aveva fatto ritenere la capanna come una proprietà individuale di chi l'aveva costruita, impose pure il rispetto e fece ritenere il terreno coltivato come una proprietà individuale del coltivatore. Ed in quella guisa, ch'era contra la natura dell'uomo ed anche contro la ragione il consentire alla comunione universale delle armi, del prodotto della caccia, o del gregge, è contro la natura dell'uomo ed anche contra della ragione il ritenere la comunione universale di quelle proprietà originariamente individuali, e molto più il loro volontario abbandono a favore dell'ente morale e collettivo, da cui era la società rappresentata.

Occorre dunque un contratto per trasformare la proprietà individuale in pubblico demanio, e questo contratto non solo non è provato, ma è respinto ancora dalle nozioni ed affezioni più naturali dell'uomo. Se il contratto fosse provato, la proprietà individuale sarebbe di origine naturale, ed il pubblico demanio una istituzione convenzionale.

Però questa proprietà individuale può progredire oltre la vita del proprietario?

Mors, noi diremo, non *omnia solvit*, oppure come dice il nostro autore: *Omnis non moriar*. Ma quel che sfugge alla tomba, può per un solo istante ritenere la proprietà?

È vero; sopravvivono all'uomo le memorie delle sue azioni, le affezioni de' suoi cari, le reminiscenze dei congiunti e degli amici. Egli vive nelle cure affettuose, che ha prodigato per la famiglia ne' servigi resi agli amici ed allo Stato, nelle scienze, nelle arti, nelle cognizioni, nelle idee, nelle verità, ne' trovati, nelle scoperte, di cui ha arricchito l'umanità, e vive ancora nelle turpitudini, che ha commesse. Ma questa vita è superiore alle esigenze umane; è vita di benedizioni o di esecrazioni; è vita morale incapace di rapporti reali con enti fisici. La proprietà è il rapporto dell'uomo con la cosa. Quando l'uomo si è trasformato su questa terra in un ente morale, quando alla sua persona fisica si è sostituita un concepimento dell'intelletto o un affetto del cuore, quel rapporto si è franto per una legge inesorabile della natura. La proprietà dunque cessa con la morte del proprietario, perchè quel che resta di lui non è capace di dritti nè di doveri. Sì che si può dire: *Mors non omnia solvit, sed solvit proprietatem*. E dal

dine logico col fare precedere la materia dei testamenti dal titolo delle successioni intestate.

Si sa che nel Digesto e nelle Instituzioni la materia de' testamenti precede i titoli relativi alla successione intestata, e solamente nel Co-

difetto di proprietà sorge ineluttabilmente la mancanza di podestà per disporne. Questa verità è così certa, che i sostenitori dell'origine naturale del testamento, quando sono stati obbligati ad analizzarlo, si sono trovati nella necessità di legare il testamento ad una disposizione tra vivi, e ne han presentato un concetto, che appartiene ad una diversa disposizione.

Grozio l'ha presentato come un'alienazione in caso di morte, rivocabile prima di questa, o ritenuto frattanto il dritto di possedere o di godere; ed il nostro autore dice presso a poco lo stesso, quando assimila il testatore al donante, che conserva nelle sue mani la proprietà ed il godimento, come nel caso di una donazione con ritenzione di usufrutto e vi aggiunge la condizione di potere a proprio arbitrio rivocare la liberalità.

Ma chi dirà, che il testamento è una donazione con ritenzione di usufrutto? La donazione con ritenzione di usufrutto trasmette la proprietà nuda nel momento della disposizione, ed il testatore durante la sua vita nulla trasmette all'erede. L'erede testamentario, se conosce la disposizione, non ha altro, che una semplice speranza di raccogliere la successione. Il testatore, che rivoca la sua disposizione, nulla toglie a colui, che aveva istituito erede, perchè nulla gli aveva dato; non stipule con lui alcuna convenzione rivocabile o irrevocabile, pure o condizionale; egli non parla neppure con l'erede, ed il più delle volte questi o ignora del tutto la disposizione, o la conosce imperfettamente o per congettura.

Quando il testatore ha trasmesso la proprietà de' suoi beni? Nel momento della disposizione? No, perchè l'*ha conservata tra le sue mani*. Nel momento prima della morte? No, perchè bisognava, che avesse manifestata la sua volontà, e perchè se non fosse morto, la proprietà, si sarebbe ritrovata presso di lui; oltrechè è ben di rado, che nell'istante prima della sua morte un moribondo abbia le condizioni indispensabili per avere una volontà serie, determinata, ed indipendente.

Il testamento adunque non è, nè può esser altro, che la manifestazione della volontà dell'uomo diretta ad indicare colui, cui deve trasmettersi la sua proprietà, quando è cessata di rimanere in lui. *Voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* (L. 1, D., *qui testam. facere possunt*). Ed è chiaro, che questa trasmessione non può farla egli stesso, perchè non può trasmettere per un tempo, che la proprietà non sarà più sua, perchè la disposizione della proprietà deve cessare quando la proprietà viene a cessare essa stessa, e perchè in fine la proprietà, essendo naturalmente limitata con la vita dell'uomo, finisce nel momento della sua morte.

Ben compresero i Romani Giureconsulti la contradizione, che vi è nel volere, che l'uomo sovranamente disponga delle cose non sue. Epperò finsero essere il tempo, in cui il testamento è fatto, lo stesso di quello della morte del testatore, e questo secondo tempo essere identico all'altro dell'adisione dell'eredità. (L. 54, D, *De adquirenda vel omittenda hereditate*. L. 193, D, *De regul. jur.*,) per ricavarne poi, avere il testatore egli stesso trasmesso la eredità all'erede, e finsero per la stessa ragione, che l'eredità giacente rappresentasse la persona del defunto (L. 31, § ult. D, *De heredibus instituendis*).

Gli atti, che dispongono della proprietà, sono stati i primi a farsi nella società degli uomini, e fra tutti le permute e le donazioni debbono essere state le più antiche, come quelle, che più direttamente emergono dal semplice raziocinio, e provveggono a' primi e più necessari bisogni dell'uomo. Epperò quest'atti, indubitatamente del dritto di natura, si ritrovano presso tutti i popoli, mentre per l'opposto il testamento non si rinviene presso le primitive nazioni, che in linea di eccezione. I Germani non conoscevano i testamenti. « Heredes successoresque sui cuique liberi: *nullum testamentum:* si liberi non sunt, proximus gradus in successione fratres, patrui, avunculi. » (Tacito *De morib. germ.* Cap. 20). E perchè dunque que' popoli avendo appreso da' semplici lumi della ragione i modi naturali di disporre della proprietà, ne avrebbero omesso uno, così simile alla donazione, e che pur tanto interessa le passioni dell'uomo? Gli Ateniesi prima di Solone, gli Spartani prima dell'Eforo Epitadeo, gli stessi Romani prima delle Leggi delle dodici tavole. (V. la nostra nota a pag. 2) non conobbero i testamenti. Ed Atene a contare da Teseo esisteva da sei secoli e mezzo; Sparta da cinque; Roma da tre; ed in sì lungo tratto di tempo, si vendeva, si permutava, si donava; si accumulavano ricchezze, si gratificavano gli amici, si provvedeva al benessere della famiglia, si riposava tranquillo sul letto di morte in pensando all'avvenire de' figli; vi era « lo scambio de' sentimenti naturali, la solidarietà delle famiglie, la società feconda e progressiva, ove ciascuno conferisce la sua quota ed i sopravviventi profittano del lavoro de' loro antecessori, e vi aggiungono l'opera propria pel maggiore vantaggio de' loro successori »; e nonpertanto non vi erano testamenti. Per lo che è lecito di credere, che non siano i testamenti indispensabili mezzi ad esercitare i doveri, che la natura e la ragione impongono al Padre verso de' figli, o a realizzare i voti, che l'amore, la riconoscenza, le abitudini della vita pongono nel cuore dell'uomo; e che se questi sono rapporti, che la natura ha necessariamente stabilito tra gli uomini, non occorre il testamento per provvedervi.

A questi provvengono gli atti tra vivi e le successioni intestate. La morte del proprietario rende i beni, naturalmente parlando, senza padrone; cederebbero quindi al primo occupante. Se il defunto aveva una famiglia, i suoi figli, i suoi genitori, i suoi fratelli i suoi nipoti hanno con lui diviso le cure della coltivazione o dell'amministrazione de' beni, e quindi sono, come bene osserva, il nostro illustre autore, in un certo modo i conpossessori o per lo meno i primi occupanti. Dalla famiglia più prossima al defunto questa medesima ragione si estende ai suoi consanguinei secondo la prossimità del grado. Ed a questo si aggiunge, che se alla morte di ogni individuo, i suoi beni dovessero realmente appartenere al primo occupante, la società si troverebbe in uno stato di guerra permanente, che ricondurrebbe gli uomini alla prima barbarie. La ragione adunque suggerisce nell'interesse sociale di riguardare come titolo di preferenza nell'occupazione i legami naturali del sangue, che univano al defunto i suoi congiunti più prossimi, anche perchè ciò facendo, si rispettano le presunte affezioni del proprietario trapassato, si perpetua la sua memoria, si serba l'impronta, da lui impressa alle proprietà, ch'è tutto quello, che sopravanza di lui.

Ma la voce o il voto di colui, che ha acquistato dritto alla nostra riconoscenza, dev'esser sacra, quando abbiamo i mezzi per adempirla, e quando nell'ordine dei doveri morali non v'ha nulla, che si opponga al suo compimento. Ciò è senza dubbio conforme a' rapporti naturali dell'uomo, e non può essere trasandato dal dritto civile. Ebbene questa voce, questo voto del proprietario trapassato è il testamento; esso non trasmette per dritto naturale la proprietà, ma ha in sè alle succennate condizioni la sanzione naturale pel suo adempimento. Perciocchè s'è conforme alla natura ed alla ragione, che un padre un moribondo possa esprimere de' desideri, è immorale, che rimanghino trascurati.

Queste è la parte, che il dritto di natura prende nelle ultime volontà de' trapassati. Quando si guarda nel testamento questa ultima volontà, moralmente obbligato-

dice *repetitae praelectionis* Giustiaiano ha fatto prevalere l'ordine che il Codice Napoleone ha adottato.

Per giustificare la classificazione del Codice Napoleone si costuma di dire: che la successione intestata essendo fondata sulla disposizione della legge, deve precedere la successione testamentaria, ch'è unicamente fondata sulla volontà dell'uomo. Ecco come Tronchet sviluppava questa idea all'Assemblea costituente, e la sua argomentazione altro non è, che un novello aspetto del sistema, che fu del testamento una concessione della legge.

« Molti Pubblicisti profondissimi non hanno « esitato di dare *alla volontà dell'uomo la* « *preponderanza su quella della legge*. Il « dritto di proprietà, hanno eglino detto, è di « sua natura perpetuo. La morte, che fa ces« sare il godimento, non estingue il dritto di « proprietà, che altrimenti non sarebbe altro, « che un usufrutto. Perchè l'uomo, che in « vita può disporre della cosa, come gli piace, « non avrebbe il dritto di trasmetterla dopo di « lui a chi gli piace? L'equità vuole, che « l'uomo nel rendere i frutti del suo lavoro e « della sua industria, abbia almeno la conso« lazione di gratificarne colui, ch'è il più di« retto obietto della sua affezione. Tal in effetti « è la base fondamentale, sulla quale il dritto « romano sembra di aver elevato tutto il si« stema delle sue regole relative alla trasmes« sione della proprietà. Qui l'erede è fatto « dalla volontà dell'uomo; la legge viene sol« tanto in mancanza di questa volontà, nè la « tempera che con ostacoli leggierissimi. »

« Il dritto francese ha preso una via del tutto « opposta; non riconosce altri eredi legittimi, « che quelli della legge. La volontà dell'uomo « non può dare il titolo di erede; se non che « il legislatore dev'elevarsi al di sopra de' pre« giudizi dell'abitudine, deve risalire alle sor« genti di tutte le istituzioni umane sino alle « prime verità, delle quali queste istituzioni « possono sol essere conseguenze o modifica« zioni necessarie ».

« Sotto questo punto di veduta non esito « punto a dire, essere lo spirito del dritto « francese più conforme a' veri principi ed alla « retta ragione (1) ».

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Non dimando di meglio, che di risalire al principio delle istituzioni, e sono sicuro di non trovarvi le cose immaginarie, con le quali il nostro Giureconsulto lusinga il suo spirito.

Il che peraltro non è una ragione per dire, che l'ordine del dritto francese manca di logica; credo al contrario essere il più vero ed il più adatto alle nostre idee, ma per diversi motivi di quelli del signor Tronchet.

Che cosa è la successione naturale regolata dalla legge? Non altro, che la *volontà presunta* del defunto (2), formolata secondo l'uso più generale. La legge esamina quel, che il defunto avrebbe fatto, se avesse avuto, il tempo di dettare le sue ultime disposizioni, e conosce di questa volontà ; resunta secondo i costumi degli altri padri di famiglia, e secondo i voti naturali del cuore umano; talvolta la successione legittima si ravvicina al più puro dritto naturale, come avviene nel nostro dritto francese, talvolta se ne allontana per delle ragioni politiche, la cui traccia si trova e nel diritto romano e nel feudale. Quando viene dominato dal diritto naturale, non è chiaro come la luce, che la legge, che lascia passare i beni dal padre al figlio non è, che la consacrazione di un fatto, che ha il suo fondamento nell'affezione del primo pel secondo? « Dimandisi, « dice Cicerone, al più vecchio coltivatore « perchè pianta; risponderà senza esitare: Pe' « Dei immortali, che vogliono, ch'io trasmetta « a'miei figli ciò, che da'miei avi ho ricevuto. « *Diis immortalibus, qui me non accipere mo-* « *do haec a majoribus voluerunt, sed etiam* « *posteris prodere* (3).

Anche il nostro dritto francese aveva preso per base questo grande e profondo pensiero « che Dio solo e non l'uomo fa un erede ». *Solus Deus haeredem facere potest, non homo* (4). E che altro significa questa massima, la cui influenza è stata sì grande nel nostro dritto, se non che la qualità di erede è annessa al sangue (5)? D'onde quest'altro adagio: *il morto impossessa il vivo*, che riassume in una così felice brevità tutto quanto si può dire di più filosofico e di più vero sulla trasmessione della proprietà *ab intestato*.

Se dunque il padre nel lasciare continuare la proprietà da lui ne' suoi figli, altro non fa,

rio per l'erede, quest'atto appartiene al dritto naturale, allorchè si ritiene, come in giurisprudenza, un titolo traslativo di proprietà, appartiene al dritto civile.

Ed in vero è questo, che nel riconoscere il più prossimo congiunto come primo occupante de' beni, rimasti vuoti per la morte del proprietario, gl'impone il debito di adempirne i voleri. Ciò è letteralmente vero pe' legati particolari e per tutt'i casi, in cui una parte dell'eredità è riserbata agli eredi legittimi. Negli altri, in cui tutta la eredità si defferisce per testamento, è la legge stessa, che piegandosi dinanzi a' rapporti sociali, ritiene come primo occupante colui, che per questi rapporti sociali era più legato al defunto, e ch'era moralmente a lui più vicino per rimpiazzarlo nell'occupazione de' beni, ch'egli rimane, pe' quali rapporti o legami desunti sia dalle affezioni sia dalle abitudini del defunto, la legge se ne riporta alla di lui dichiarazione espressa come volontà, che però vuole seria, indipendente, deliberata, e solenne. *Il traduttore.*

(1) Istoria parlamentare t. 9, p. 304.

(2) Bigot de Préameneu, Esposizione de' motivi (Fenet, tom. 12, p. 512.

(3) Cicerone, *De senectute*, VII, in fine.

(4) Glanville, lib. 7, c. 1.

(5) Delauriere su Parigi, t. 15, art. 1.

che obbedire all'irricusabile voce della natura, se questa continuazione è ne'suoi più cari voti e ne' suoi più ardenti desideri, non è vero di affermare, essere la legge l'interprete di questa volontà paterna, quando erige in regola generale la trasmessione de' beni in linea diretta? La legge non inventa, nè crea; trova l'eredità scritta nel cuore dell'uomo, e praticata da' suoi atti; dà quindi la sua sanzione a questo costume. Ecco la parte del suo intervento in tutto questo. La volontà dell'uomo basata sulle affezioni del cuore umano, è la sua guida e la spiega delle sue disposizioni.

Per vero dire non è dessa, che impossessa l'erede, ma il defunto, che lo investe: *il morto impossessa il vivo.*

Supponiamo ora, che la legge successoriale riceva le impressioni di queste combinazioni fattizie, che si allontanano dalla natura, e favoriscono certe direzioni politiche. Come ordinariamente la consuetudine adottata nella famiglia precede le disposizioni della legge, così ancora alla volontà presunta de'padri bisognerà legare la volontà della legge. La esclusione delle figlie, i diritti della primogenitura, le preferenze agnatizie, tutti questi concepimenti ed altri, primo di venire nel pensiero del legislatore, sono nati nel cuore dell'uomo in seguito della vanità del nome, del disprezzo delle donne, d'un'alterazione delle affezioni naturali, di un amore esagerato della famiglia, considerata com'essere collettivo in pregiudizio delle persone individuali e tanto care, che la costituiscono. Di tali cose l'uomo è stato reo prima della legge, la quale vivifica la di lui suprema volontà, anche quando viene ad imporre alla sua successione intestata queste mentita date alla natura.

Ben si vede adunque, che da qualunque punto si guardi, la verità si è, che la legge non è un intermediario posto tra l'uomo e l'erede per gratificare quest'ultimo. Ma soprattutto nel dritto francese essa è semplicemente un organo dell'affezione paterna, si è rimasta muta, ed è un semplice ministro della voce del sangue, che non ha potuto parlare: la regola essenziale *il morto impossessa il vivo* esclude tutte le finzioni politiche, che in altri tempi e specialmente sotto il regno della fendalità fecero intervenire lo Stato per prendere la successione ed investirne l'erede (a). Non concepisco come Mirabeau, Tronchet e tanti altri spiriti eminenti della stessa epoca non abbiano compreso il senso di questa massima nazionale, la sola compatibile con lo spirito di un incivilimento democratico.

Ciò ritenuto, non occorre dippiù per ispiegare l'ordine segnito dal Codice Napoleone. La successione legittima va la prima; perchè è la regola, che il sentimento generale ha stabilito sull'abitudine de' padri di famiglia, e sul voto della natura. Il testamento vien dopo, perchè è l'opera accidentale della volontà, e che deve conciliarsi col voto della natura, ch'è la prima legge (1).

Non intendo peraltro di condannare del tutto i redattori delle Pandette e delle Istituzioni. Erano i Romani eccessivamente gelosi del diritto di testare, ed ogni padre di famiglia teneva ad onore di non morire intestato. La sovranità individuale del cittadino era stata portata a' suoi ultimi confini, di talchè la legge stessa, abdicando la sua propria autorità in presenza di quest'onnipotenza domestica, gli diceva: « Paterfamilias, uti legassit super pe« cunia tutelare suae rei, ita jus esto (2)». In questo stadio de' costumi romani la successione testamentaria era la regola generale, e la successione intestata l'eccezione. Si può anche dire con Pothier (3), che la successione intestata non avveniva in Roma, che in mancanza di successori testamentari, il che per altro la stessa legge delle XII tavole enunciava formalmente. Siccome la legge sulle successioni aveva mediocremente curato i dritti naturali del sangue, non poteva trovare cattivo, che non se ne mostrasse religioso osservatore, epperò gli lasciava una libertà, che potev'andare sino alla licenza. Ho detto altrove (4) quanto tempo vi occorse e quanto progresso morale per dare alla natura il luogo, che gli spetta nella trasmessione de' beni dopo morte. Ed

(a) Il fondo fu originarariamente un contratto di beneficenza, per lo quale il proprietario della cosa ne trasferiva il dominio utile ad un altro, o si obbligava di difenderlo, mentre il beneficiato si obbligava dal canto suo di ritenerla, obbligandosi alla fedeltà singolare ed servigio, ordinariamente militare, ed agli altri patti naturali od accidentali dalla concessione. La successione quindi regolavasi dalla investitura, la quale doveva rinnovarsi ogni volta, che il padrone utile e diretto si mutava. Ed è noto, che comunque i fendi si deferissero *jure hereditorio*, ciò non importava, che il fondo potesse tramandarsi oltre gli eredi legittimi designati nell'investitura, almeno ne' feudi misti. Perlochè nel regno della feudalità non pare, che fosse propriamente lo Stato, che prendeva la successione e ne investiva l'erede, ma era dessa regolata dal patto espresso nell'originaria concessione. Il che peraltro non vuol dire, che le leggi, che hanno abolito la feudalità e fatto entrare que' beni feudali nel dritto comune, abbiano violato quel patto originario della concessione, e leso il dritto del concedente per le ragioni, che divenuto il regime feudale incompatibile col nuovo stato sociale, dipendente da' nuovi bisogni, dallo nuovo relazioni e dalle nuove abitudini degli uomini, il legislatore rispettò il dritto di proprietà, perchè non la tolse ad alcuno, ma fa cessare relativamente ad essa quel dritto eccezionale, che ne regolava la disposizione e la trasmessione, e ch'era stato introdotto da un ordine di cose, che più non esisteva.

Il traduttore.

(1) Più appresso n. 1431.

(2) Legge delle XII Tavole; tav. 5. Duncan, Com., Lib. 6, c. 3 e 5.

(3) *Trattato delle successioni* alt intestato.

(4) *Influenza del cristianesimo sul dritto romano.*

Digitized by Google

appunto perchè questo luogo in Francia è stato men' obliato che in Roma, un altr' ordine di idee ha presieduto nel porre di accordo il testamento con la successione intestata. Il testamento, opera d' una volontà accidentale, non poteva prevalere sulla successione intestata, opera permanente della natura e del sangue (1) (a).

33. Poichè si trasmettono a titolo gratuito i beni, che si danno per donazione e per testamento, gli autori del Codice Napoleone hanno creduto dovere riunire in un medesimo titolo questi due modi di trasmessione. Qualche mente formalista potrà criticare quest' amalgamento, perciocchè potrà forse dirsi, che la materia de' testamenti avesse dovuto seguire immediatamente la successione intestata, con la quale si lega naturalmente; che sarebbe stato meglio di mettere poi in un titolo a parte la donazione tra vivi, che agisce in un modo tutto diverso delle trasmessioni dopo morte, e che questo titolo delle donazioni tra vivi sarebbe stata una transizione per giungere ai contratti ed alle obbligazioni. In quanto a noi mettiamo poca importanza a tali critiche; nè d' altronde ci sembra, che i redattori del codice napoleone abbiano mancato al concatenamento logico delle idee col riunire in un medesimo titolo due modi di trasmessione, che sebbene diversi sotto certi rapporti, si appartengono l' un l' altro per la loro origine e per de' principî comuni.

34. Giusta il nostro articolo il Codice napoleone ammette due soli modi di disporre a titolo gratuito, la donazione, ch' è una liberalità tra vivi, il testamento, ch' è una liberalità a causa di morte. Codesti due modi di disposizioni gratuite si distinguono nettamente l' uno dall' altro, e la mente comprende facilmente la gradazione, che li separa.

L' antica legislazione non era punto così semplice, dapoichè ammetteva oltre la donazione ed il testamento, parecchi altri modi di disporre a titolo gratuito. La libertà delle consuetudini aveva inventato de' procedimenti intermediarî, de' mezzi misti, mercè de' quali si era cercato di conciliare gl' interessi del donante, cui sempre rincresce di spogliarsi irrevocabilmente, con l' utile del donatario, ch' è di essere investito piuttosto attualmente, che in morte del benefattore. D' onde la dimessione de' beni, la donazione a causa di morte, il codicillo, l'istituzione contrattuale, e la divisione de' beni tra' figli. Tutti questi modi di disporre si ligavano per più o meno stretti rapporti alla donazione o al testamento; erano specie di un medesimo genere, ed il loro scopo mirava a gratificare sia tra vivi, sia a causa di morte, ma con diverse modificazioni. Cade a proposito di fare conoscere in poche parole i caratteri di queste disposizioni a fin di sapere quel, che il Codice ne ha lasciato, quello, che ne ha proscritto, e sino a qual punto possono tuttavia rivivere sotto la nuova legge. Oltre di che l' istoria di ciò, ch'è stato, non nuoce mai allo studio di quel, ch' è.

(1) La consuetudine di Parigi aveva messo la donazione (t. 13) ed il testamento (t. 14) prima della successione (t. 15). Ma le consuetudini non sono de' capi d' opera di classificazione.

(a) Domat (*Le leggi civili nel loro ordine naturale. Seconda part. Lib. 2° in princ.*) ha trattato della successione legittima prima della testamentaria, ed ecco come ne dà la ragione: « Fa d' uopo osservare che i « libri del dritto romano danno il primo luogo alle suc« cessioni testamentarie, ma si è stimato, che più na« turale fosse cominciare dalle successioni legittime; e « ci hanno a ciò obbligato due principali considerazio« ni. La prima è, siccome in altro luogo si è osservato, « che le successioni legittime sono più naturali delle « testamentarie, e sono altresì di un uso molto più uni« versale e più necessario; poichè potrebbesi tralasciare « l' uso delle successioni testamentarie, ma non quelle « delle successioni legittime o *ab intestato*, e le nostre « consuetudini ancora non riconoscono altri eredi, che « quelli della famiglia. Onde si può dire, che le suc« cessioni testamentarie sono come eccezioni della leg« ge naturale delle successioni legittime, e che la libertà « di disporre de' propri beni con un testamento in fa« vore di altre persone diverse dagli eredi del sangue, « e soprattutto l'autorità di fare altri eredi, è come una « dispensa dalla regola comune ed universale, che chia« ma gli eredi legittimi alle successioni. Quindi doven« dosi sapere quel, ch' è dell' ordine comune, prima di « venire a ciò, che in quest' ordine ha potuto essere « cambiato, debbono precedere le materie delle suc« cessioni legittime. E prima di trattare, per esempio, « della libertà, che può avere un testatore di disporre « de' suoi beni con un testamento in pregiudizio de' suoi « figli, conviene sapere, che i figli debbono natural« mente succedere al loro padre. »

« La seconda considerazione, la quale ha fatto giu« dicare, che si debba cominciare dalle successioni le« gittime è, che le materie di queste successioni sono « molto più brevi e più facili di quelle de' testamenti, « le quali formano un vasto trattato, pieno di varie « sorte di difficoltà, e che nelle arti e nelle scienze il « metodo richiede, che s' incominci per quanto si può « dal più facile onde si giunga alla intelligenza del più « difficile. Laonde abbiamo avuto ragione di credere, « che da una parte fosse più naturale di dare alle suc« cessioni legittime il primo luogo, che loro viene dato « dall'ordine della società degli uomini, il quale regola « l'uso delle successioni; e dall'altra parte per ispiegare « queste due materie, che debbonsi distinguere, più « metodico fosse l' osservarvi l' ordine delle scienze, il « quale fa precedere ciò ch' è più semplice, più facile « e più naturale a quello, che lo è meno. E sebbene sia « vero, che quando trattasi di giudicare in particolare « chi debba succedere, fa d' uopo cominciare dal sa« pere, se vi sia un testamento, che poss' avere il suo « effetto, perchè se ve n'ha, l'erede testamentario esclu« de il parente, da questa considerazione particolare, « la quale riguarda soltanto la quistione di sapere chi « dee succedere, non segue però, che in generale il « dritto di succedere con un testamento sia una materia « la cui regole debbono precedere quelle delle succes« sioni *ab intestato*. Dapoichè l' ordine delle quistioni, « che s'incontreranno in una causa e quello delle regole « per giudicarle, non hanno nulla di comune »

Il traduttore.

Digitized by Google

35. §. 1. Dimessione de' beni (1).

La dimessione de' beni appartiene tutta allo antico dritto francese. Ignota a' Romani, che non permettevano di potersi deferire anticipatamente una successione, è un esempio degli sforzi naturalissimi nel cuore dell'uomo, e frequenti nelle abitudini francesi per sottrarsi a ciò, che la donazione tra vivi ha di troppo rigoroso pel donante, obbligato a spogliarsi. Pothier (2) la definisce: « Un atto, per lo quale « una persona, anticipando il tempo della suc« cessione, si spoglia *vivente dell'universalità « de' suoi beni*, e ne impossessa anticipata« mente i suoi eredi presuntivi, ritenendone « nondimeno il dritto di rientrarvi, quando lo « crederà a proposito ». « Questa, dice Le« brun (3), non è una donazione tra vivi, pe« rocchè nella più parte delle provincie, ov' è « in uso, la si giudica sempre rivocabile; non « è una donazione testamentaria, perchè ha « un effetto presente, comunque rivocabile, ed « inoltre non è soggetta alle formalità del te« stamento, ma talvolta è un contratto innomi« nato, *do ut des*, *do ut facias* e talvolta un « puro e semplice abbandono. »

Secondo Bulleno's, (4) che ha trattato questa materia con molta sagacità, la dimessione relativamente al demittente è una specie di donazione a causa di morte; relativamente al dimessionario è l'attuale possesso di una successione futura, *juris hereditari prorogatio*, come dice d'Argentré (5). Relativamente ai creditori del demittente ed agli altri terzi è un contratto traslativo di proprietà.

La dimessione doveva essere accettata, ma l'accettazione non doveva di necessità essere espressa, essendo sufficiente, che il dimessionario si mettesse in possesso.

Come delazione anticipata della successione, doveva imitare la natura; quindi doveva comprendere l'universalità de' beni, e non una quota. Il dimettente potev' a vero dire riserbarsi l'usufrutto, ma dovea dimettersi dal possesso civile, e conservare solo un possesso precario. In quanto alla dimessione di determinati beni, veniva considerata come *una donazione tra vivi non rivocabile*.

Secondo il principio, che la dimessione dei beni imitava la successione legale, non poteva aver luogo relativamente ad ogni persona, ma solamente a favore di coloro, che dovevano esser eredi del dimettente. E per la stessa ragione soggettava il dimessionario al pagamento de' debiti anteriori alla dimessione sino alla concorrenza del valore de' beni.

La dimessione era rivocata di pieno dritto dalla sopravvenienza de' figli, perchè i dimessionari perdevano allora il carattere di eredi presuntivi.

Era pure rivocabile *ad nutum* dal dimettente (6). Si era voluto garantire i genitori contro l'ingratitudine de' figli, che spesso negavano loro il necessario, esonerandosi da' pesi apposti al contratto, e davano alimento a numerosi e deplorabili processi (7). L'autorità paterna aveva dimandato questo sacrifizio all'irrevocabilità delle donazioni, e per dare un colore giuridico a quest' eccezione si diceva, che la dimessione de' beni era una specie di procura, che un uomo defaticato dall' età dava al suo erede presuntivo, che riguardava più capace di lui di amministrare i suoi beni.

Siccome la rivocazione era dell' essenza della dimessione, e che tal rivocazione seguiva *ex causa antiqua* in virtù di una tacita condizione, le alienazioni del demissionario si trovavano rivocate per la rivocazione della dimessione in virtù della regola *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

È inutile di fare rimarcare i grand' inconvenienti di questa rivocazione, dalla quale la stabilità delle proprietà riceveva le più gravi scosse.

Tali erano i caratteri, che erano molte generalmente riconosciuti ne' paesi di consuetudine.

In quanto a quelli di dritto scritto, non facevasi della dimessione de' beni una specie particolare di disposizione, perciocchè non potev' avar luogo, che per *donazione a causa di morte o donazione tra vivi*, e veniva regolata da' principj applicabili a questa specie di atti (8).

Sebbene l'ordinenza del 1731 avesse dichiarato, che non vi sarebbero per l'avvenire, che due sole maniere di disporre la *donazione tra vivi ed il testamento*, si giudicava nonpertanto, che la dimessione non fosse stata abrogata (9).

Tale libertà non potrebb' essere tollerata sotto l'imperio del Codice Napoleone attesa la sommessione molto più stretta, che i nostri principj costituzionali impongono alle Corti di giustizia. Evidentemente l'art. 893 ha cancellato tuttaffatto la dimessione de' beni, ed avventuratamente i nostri Tribunali non

(1) V. su questa materia: D'Argentré, *Consuetud. di Bretogna*, c. 4, art. 265; Lebrun, *Success.*, lib. 1, seziono 5; Boullenois, *Quistioni sulle dimessioni dei beni*; Furgole, *Testamenti* cap. 8, sez. 1, ni 168 e seg.

(2) Consuetud. d'Orléans, *Intr. al* t. 17, *delle Successioni. Appendice, della dimessioni de' beni* n. 1.

(3) *Successioni*, lib. 1, cap. 1, sez. 5, n. 2.

(4) *Luogo cit.*

(5) *Luogo cit.*

(6) Nivernese, tit *Delle successioni*, art. 17. Borbonese, art. 216. Legrand, su Troyes, art. 59, n. 17. Dumoulin, sopra Parigi, art. 8, glossa 1, n. 33. Boullenois, Q. 17. Merlin, *Quest. di diritto*, voce *Demiss. dei beni* § 3.

(7) Legrand, *luogo cit.*

(8) Furgole, cap. 8, sez. 1, n. 168.

(9) Pothier, *luogo cit.*, n. 2.

hanno il potere de' Parlamenti per porsi al di sopra di questa proibizione (1).

Del resto Grenier crede, che non debbasi avere verun rammarico di tale soppressione, (2) e noi dividiamo del tutto un tal parere. Da un lato la dimessione de' beni era in opposizione con la regola *viventis nulla est hereditas* (3); dall'altro lasciava pendere sulla proprietà delle incertezze inquietanti.

Tuttavia gli art. 1075 e seguenti del Codice Napoleone contengono delle disposizioni, che molto somigliano alla dimessione, ma che notabilmente ne differiscono per l' irrevocabilità. Ne riparleremo su quest' articolo.

36. §. 2.° Parliamo ora delle donazioni a causa di morte (4).

La donazione a causa di morte ci è rappresentata nell' antico dritto romano come messa nel mezzo tra la donazione ed il testamento. Ha del rapporto con la donazione tra vivi, perchè comm' essa si produce sotto la forma di un contratto, e perchè inspirata da un sentimento di liberalità. Però ne differisce in quantochè è rvocabile e sempre soggett' al pentimento (5); il che fa dire a' giureconsulti romani, che mentre nella donazioni tra vivi il donante preferisce il donatario a sè stesso, per lo contrario nelle donazioni a causa di morte il donante si preferisce al donatario, e solo preferisce questo al suo erede (6).

Ha del rapporto col testamento perchè è fatta in pensando alla morte. *Ob mortis fit periculum* dice Vinnio (7), ciò è perfetta, che per la morte del donante. Ne differisce poi tra le altre cose, perchè si fa per contratto. *Mortis causa donatur quo praesens praesenti dat* (8). Il donatore ed il donante sono in presenza l' uno dell' oltro, regolano la loro convenzioni, e fanno un contratto, il cui risultamento è molto sovente di dare al donatario il deposito della cosa sin all' avveramento della condizione, tutte le quali circostanze non si verificano nel testamento « Amico, dice Telemaco a Pireo, l' avvenire è incerto. Se il « tradimento de' nostri crudeli nemici mi toglie la vita, voglio, che tu sii in possesso di « queste armi, che Menelao mi ha donato, « onde non ciascuno nelle mani della loro immonda truppa; ma se ho l' avventura di riportare la vittoria, avrai tu allora la soddisfazione di restituire queste armi al tuo « amico (9). »

Si può ancora citare quest' esempio ricavato dall' Alceste di Euripide; Ercole si dirige ad Admeto(10). « Conservami questa donna, min « schiava, sinchè ritornerò qui vincitore del « tiranno. Se pertanto non riesco (possano i « Dei disperdere questo funesto presagio) dono « questa schiava alla tua famiglia; essa è stata « da me conquistata dopo penosi travagli. »

37. Ma poichè la donazione a causa di morte era suscettibile di tutte le condizioni compatibili con la sua natura, finì con ricevere delle combinazioni, che tanto l' avvicinarono a' legati, che Giustiniano diceva, non esserne più dissimili (11). Così nell'ultimo stato del dritto romano la donazione a causa di morte non aveva più bisogno dell'accettazione del donatario(12), ma poteva prodursi a titolo di atto unilaterale o di liberalità.

38 Sembra, che ridotta a questi semplici termini, la donazione a causa di morte non aveva più ragione di esistere in un modo distinto dalla donazione tra vivi e da' legati. Nonpertanto continuò ne'paesi di dritto scritto, e sopravvisse all'ordinanza del 1731 (13). Ve n' era per altro una ragione, ed è che la donazione a causa di morte, emanazione del dritto naturale, aveva più latitudine da'legati. Così per esempio il figlio di famiglia poteva donare a causa di morte col permesso del padre, mentre non poteva fare testamento (14).

39. Ma ne' paesi di consuetudine, ne' quali il diritto basava su più semplici dati, la donazione a causa di morte non aveva un'esistenza propria, (15) ma si confondeva co'legati, e valeva a tal titolo (16).

40. Il Codice Napoleone non ha voluto più del dritto consuetudinario imbarazzarsi di un genere di disposizione, di cui era inutile di fare un terzo modo di disporre a titolo gratuito. Non è già ch' esso proscriva positivamente la parola di donazione a causa di morte, perciocchè l' art. 967 del Codice Napoleone ammette ogni qualunque denominazione.

Nè molto meno proscrive la cosa, perchè la disposizione evidentemente varrà, se ha i caratteri di una disposizione testamentaria.

(1) Cassaz., 6 frimaire an. 14 (Deville, 2, 1, 186.)
(2) *Donazioni*, t. 1, p. 90.
(3) Furgole, *luogo cit.*
(4) Voet ad Pand. *De mortis causa donat.* Perezio su questo titolo del Codice. Il Presidente Fabro, t. 39, lib. 8. Mantica, *De conjectu ultim. volunt.*, l. 13, lib. 1. Menochio, *De praesumpt.*, lib 3 praes. 34. Furgole, sull' Ordinanza del 1731, art. 1 e 3, e *Testamenti*, tom. 4, cap. 14. Merlin. *Repert.*, voce *Donation* ecc.
(5) L 29, D., *De mortis causa donat.* Paolo III, *Sent* 7, § 1.
(6) Instit., *De donat.*, § 1; L. 1, § 1. D., *De mortis causa donat.*, L 35, § 2, D., *luogo cit.*
(7) *Part jur.*, lib. 2, c. 29.
(8) L. 38, D., *De mortis causa donat.*
(9) Omero, *Odissea*, lib. 17, v. 78.
(10) Atto V, scen. 1, v. 1625 e seg.
(11) L. 3, c., *De mortis caus. donat.*
(12) L. ult. C. *de donat. causa mortis*, Novelle 87. Furgole, *Test.*, cap. 14, ove ripete quello, che à detto *Quistioni sulle donat.*, q. 47.
(13) Furgole, tom. 4, cap 14, n. 3, et *Comment. sull' ord. del* 1731, t. 5, pag. 23.
(14) L. 25, § 1. D., *De mortis causa donat.*
(15) Ricard, cap. 2, ni 18 e 37.
(16) Arg dall' art. 277 consuet. di Parigi.

Digitized by Google

Però il pensiero del Codice Napoleone si è « che la distinzione delle disposizioni di ul- « tima volontà in testamento, codicillo, dona- « zione a causa di morte più non sussiste (1). Onde la donazione a causa di morte nel nostro dritto altro non è, che un legato, nè vale che a questo titolo (2).

41. Ciò ritenuto, si domanda quale sarebbe sotto il Codice Napoleone la sorte di una disposizione simile alla donazione di Telemaco e di Ercole, con la quale il donante pieno di vita ma al cospetto di un pericolo di morte, mette il donatario in possesso della sua cosa, e pattuisce con quest'ultimo, che accetta. Supponiamo per esempio, che Francesco, spinto da un gran pericolo, dà a Giacomo una somma di 50 mila Franchi, che deposita tra le sue mani, a condizione, che Giacomo gliela restituirà, se sfugge al pericolo, e la serberà per sè, se vi soccombe.

Due quistioni qui si presentano :

1.° Qual è il valore intrinseco di quest'atto? Come bisogna classificarlo? Tra le donazioni o tra' testamenti?

2.° S'è un legato, non è viziato dall'intervento del legatario e dal suo concorso insolito in una disposizione testamentaria?

42. Sul primo punto l'atto contiene una miscela di diversi pensieri; abbraccia un deposito restituibile, ed inoltre ed in second'ordine una liberalità dipendente da una condizione di morte. Abbraccia, diciamo, un deposito, perchè il donante intende, che se sfugge al pericolo (ed è questa certamente la sua più ferma speranza ed il suo più vivo desiderio) la cosa gli sia restituita senzachè il donatario ne conservi nulla (3). Non sarebbe giusto il dire, essere una donazione con patto di riversione, perchè dapprima il patto di riversione è più particolarmente compatibile con la circostanza della premorienza del donatario (4), la quale non si rinviene punto qui. Dappoi in una donazione col patto di riversione, il donatario è pienamente proprietario in pendenza della condizione, mentre nella nostra specie non pare, che lo sia giusta la intenzione delle parti a verun titolo; per lo contrario la proprietà resta sulla testa del donante, che sol ha voluto spogliarsi del possesso : può ritirare il deposito e pentirsene (5), egli è deponente, *pendente la condizione*, e ne ha tutt' i dritti (6).

Ora si presenta un'altra alternative, cioè che il depositario diverrà donatario e proprietario, se il deponente muore nel pericolo, che ha preveduto. Che cosa è questa disposizione, se non un legato della cosa? Mentre il deponente è vivuto, questa cosa faceva parte dei suoi beni; rimaneva nelle mani del depositario a titolo precario senza essergli trasferita, nè cominciava ad appartenergli, che per l'evento della morte. Sin là tutto era per lui precario e rivocabile: occorre l'evento della premorienza per consolidare la disposizione tra le mani della persona gratificata. A tale circostanza si riconosce la disposizione testamentaria, il legato, o se si vuole, la donazione a causa di morte, per la quale il donante si preferisce al donatario, e preferisce il donatario al suo erede legittimo.

L'atto sarebbe senza dubbio validissimo, se il donante dopo di aver incaricato il depositario della custodia della cosa, lo incaricasse nella forma richiesta per la validità degli atti di ultima volontà di rimetterla ad un terzo (7). Perchè sarebbe men valido quando l'atto dà al depositario il dritto di darla a sè medesimo?

43. Un punto solo può fare sorgere il dubbio, e qui giunge la nostra seconda quistione, cioè che la donazione ha luogo con la miscela della forma di contratto: *quo presens presenti datur*, e che siffatta forma non si pratica nei testamenti. Ed in effetti è certo, che così non si usa. Ma ciò che abbonda, non vizia, e basta, che l'intervento del donatario a causa di morte non alteri in nulla le condizioni sostenziali del legato, perchè non se ne debba preoccupare (8). E nella specie non si vede in che si attenda alla natura del legato. La disposizione è stata sempre rivocabile durante la vita del donante, nè è divenuta diffinitiva, che alle sua morte. Che si vuole dippiù? Da quanto in qua non si può convertire un deposito in legato?

44. So, che Dumoulin temeva l'intervento de'donatari nelle disposizioni a causa di morte, e ciò per timore di captazione. *Quod autem nullo modo valet, quando est in forma contractus; juste institutum est odio suggestionum* (9). Questa forma di legato, affettando i caratteri di un contratto, gli sembrava pieno di pericoli, ed egli s'identificava con la disposizione della consuetudine di Bloia, che proibiva per tal ragione le donazioni a causa di morte. Però avvertiamo, che se il donatario ha preso in ciò una parte attiva, non è stato per rispetto alla liberalità, ma relativamente al deposito. Vi erano due cose nella convenzione; un deposito e quindi un legato condizionale. Or non è necessario, che il deposito sia accettato? E perchè dunque que-

(1) Jaubert, discuss. nel Tribunato (Fenet, t. 12, p. 578).

(2) V. Merlin, Quest. di dritto, v° *Donazione*, § 6, n. 4. Toullier, t. 5, n. 11. Saintespes Lescot, t. 1, n. 9.

(3) Il mio comment. del *Deposito*, ni 146 e seguenti contiene qualche dettaglio interessante su'depositi fatti col pensiero della morte.

(4) Art. 951, v. in appresso n. 1270.

(5) Instit., *De donat.* § 1. Il testo è formale.

(6) Appresso, n. 1271, ma vedete pure n. 1014.

(7) Il mio comment. del *deposito*, n. 150.

(8) Merlin, Quistioni di dritto, v° *Donazione*, § 6, n. 4.

(9) Sopra Blois, cap. 12, art. 170, sulle parole *Ne vaut rien*. (T. 2, p. 736).

Digitized by Google

si' accettazione deve rivolgersi in danno della liberalità, alla quale è inutile? Comprendo i scrupoli della consuetudine di Blois e del suo illustre annotatore, quando si tratta di un legato puro e semplice, nel quale si fa intervenire il legatario; oltrechè non vorrei condannare senza esame un tale legato, mentre il Codice Napoleone non pronunzia in questo caso una nullità precisa, come la consuetudine di Blois (1). Avrei de' scrupoli sol quanto avvertirei degl' indizi probabili di suggestione, ma la sola forma non sarebbe per me una ragione per decidere contro la disposizione. Lascio poi ogni esitazione quando l' intervento del donatario ha una ragione di essere necessaria, ragionevole. E qui è legittimata dal deposito, che precedela liberalità, deposito, ch'è stato il primo pensiero del disponente, del quale i propri augurî gli han fatto sperare la restituzione, e che esclude per sè stesso ogni presunzione di dolosa circonvenzione (a)

Del resto tutto quello, che abbiamo detto, non si riferisce, che alla sostanza stessa dell' atto, che ci sembra valido, anche quando impronta la condizioni sinallagmatiche, particolari della liberalità tra vivi. Vedremo più tardi quel che tocca la forma esteriore delle donazioni a causa di morte, delle quali ci siamo occupati (2).

45. § 3.° Del Codicillo.

Ne' paesi di consuetudine non vi era veruna differenza tro i Codicilli e i testament; si aveva anzi per massima, che i testamenti non erano, che de' codicilli. Non era però lo stesso nei paesi di dritto scritto, e conviene far conoscere giusta i principî del dritto romano la natura di questo genere di disposizioni.

L' uso dei codicilli è molto meno antico di quello de' testamenti. Fu introdotto sotto di Augusto come le Istituzioni ce lo insegnano nel titolo *de Codicillis*. Dapprima furono solo autorizzati pe'fedecommessi, ma poi furono estesi a' legati (3). Tuttavolta quivi si limitarono le loro prerogative, e non fu mai permesso di dare o togliere l' eredità con questa forma di disposizione, ch' era molto meno sollenne del testamento.

Corvino definisce il Codicillo. « *Ultima te-*

(1) La deoazione per causa di morte non vale nello, art. 170.

(a) Se un uemo al cospetto di un pericele grave avesse depositato presso di un altro un oggetto per restituirglielo, ove ne uscisse salve, e ne avesse ritirate un corrispondente documente: Se in un atte sotte forma di testamento olegrafe avesse disposto a titolo di legato di quest' eggetto a favore del depositario, pel caso in cui soccumbesse al pericolo suddette, ed avesse date a conservare quest'atto di ultima volontà allo stesso depositarie, niuna questiene potrebbe sergere nè sulla restituzione dell' oggetto depositato, se il deponente sfuggisse al pericole, che ne aveva determinato il deposite, nè per la sua trasmessiene a titale di legate coadizionale nel depositarie se il deponente vi soccumbesse. E perchè mai la quistiene devrebbe ricevare una soluzione diversa, sa l' atto di depesito e quello di ultima volontà si trovsae seritti su di un istesso foglie di carta? Il legato nen esiga una fermula determieata; baste che si disponga dell' eggetto pel tempo, in cui si è cessate di vivere con qualunque frase si veglia, e oella specie la proprietà non si acquisterà dal depositario, che nel momeote della merte del deponente.

Ma come atte tra vivi la disposiziene potrebbe pure valere quale donazione condizionale. *Vi dono quest'oggetto, che deposito presso di voi, se soccumberò al pericole, da cui sone minnecciato*. Se socenmbe, la condiziene si verifica, a la denazioac preduce il suo effette; se ne sorto solvo, svanisce la denaziene, perchè la condiziene è mancata.

Coevaoghiame, che il donaota desidera ardcatemente, che la condiziena, nen si verifichi, ma ciò nulla influisce sulla validità della donazione; pereiocchè scazo nulla de'rarre al sue desiderie di veder mancata la condizione, la sua velontà è però, che se sventuratamente si verifica, la donazieae sia perfatta Nulla deve rimanere al depositarie, se cessa il pericole, perchè in questo caso nen v'ha deoaziene, ma la cosa è sua, se il deoaote soccumbe. Questa è la intenzioae delle parti.

Qui sorge una quistiene: Pendeote il pericele, può il denante rivocare la denazieee e ritirare il deposite? Il nostro autore non ne dubita, e cita il § 1 dello Donazieni aelle Istituzieni; e senza dubbio quel teste è formale; ma è desso applieabile adesso, che oen vi sono più denaziooi a causa di morte? La riveeabilità era uno dei caratteri di quasta specie di disposiziani; noo può dirsi lo stesso nel nuovo dritte, pal quale neo vi seoo, che due geceri di disposizieni a titolo gratuito, per atti di merte a per atto tra vivi, rivecabili le prime, irrevocabili le seconde.

Laende è ehiare, che se la dispesizione si ritiene fatta a titele di legato, può rivecarsi a piacere, ma se a titolo di denazieae, il pentimento nen è permesso. Ora è piuttoste uo atto di ultimo volentà o une dispesiziene tra vivi?

Abelito le donazieni *causa mortis*, il metive, cha ha determinato la liberalità, nee può attribuire alla deaazione il carattera di rivocabilità, nè cestiteire na terzo genere di disposizioni a titele gratuito. Epperò il disponeote ha egli inteso di spogliarsi attualmeete della preprietà dell' aggetto depositale, se sarà per verificarsi la coadiziene apposta alla denaziooa? Ogni claosola dell'atte, che servisse a fare conoscere la meate del disponcate, avrebbe molta influenza nella soluziene della quistiene Se noe ha velute fare, che un puro e semplice deposito, ritenende ie tutta la sua integrità il domieio della cose depositata, cha ha trasmesso nel depositario unicamente a causa di merte, niun dubbio vi sarebbe sulla riveeabilità della dispesiziene; ma se ciò noo risulta dall' atte, se la fermola della disposizieee è quella di Telamaco a Pirae, la disposizieee nen sarebbe rivecabile, perchè l' atto predominante è la donaziene, le quale si riselve in deposite, quando il dispeneete sfugge al pericele, che lo minaccia. *Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis, imminente periculo commotus, ita donat, ut statim fiat accipientis.* (*L. 2. D. de mortis causa donat.*) *Il traduttore.*

(2) Appresso n.i 1044 e 1053. Citiamo in quest'ultimo numero un arreste della Certe di Berdeaux, che annulla uea donaziena a causa di merte fatta nella forma dei daoi manuali. Quest'arreste ha perfettamente ragione; una doeazioaa a causa di merta aen vele nulla, quando si peggia su di una tradizioaa manuale accompagnata da spicgazieoi verbali. Il che si vedrà *luogo cit.* Ma quest'arreste eentiene sulle denazioni a causa di merta delle proposizieni, che non mestrane una sufficiente analisi della materia.

(3) Appresse sull' art. 1002, n. 1749, ecc. Al principie i lagati aon potevaoe che per testamente; ma ciò fu cambiate allerchè i legati furono assomigliati a' fedecommessi.

stati vel intestati voluntas de eo quod quis post mortem suam de bonis suis fieri velit, citra directam haeredis institutionem, et animum testamenti faciendi (1).

D'Aguesseau (2) ne dà un'altra definizione. « Un Codicillo non è altra cosa, che una « preghiera diretta da un moribondo al suo « erede, con la quale lo incarica di eseguire « una volontà meno solenne del testamento. « Il testatore ordina come rivestito dell'autorità della legge; chi fa un codicillo supplica « in virtù del solo potere, che la natura lega « alle preghiere de' moribondi. »

Quello, che vi è di rimarchevole nel codicillo di un uomo, che muore con un testamento, è che il codicillo fa sempre parte del testamento anteriore o posteriore, di tal che quando il testamento è abbandonato, quel ch'è disposto col codicillo non vale (3). Del resto se vi possono essere de' codicilli, che concorrono con un testamento, ve ne possono anche essere *ab intestato* (4). Quando vi è un erede testamentario, devesi a lui dimandare la consegna delle cosa rimaste col codicillo. Quando vi è codicillo senza testamento, tale consegna deve dimandarsi all'erede intestato.

Circa le solennità del codicillo si tiene per fermo, che questo modo di disporre non esige veruna solennità, vale a dire, che non comporta nè istituzione di erede nè diredazione, e che non è necessaria l'obbligazione di chiamare e pregare sette testimoni. Però richiede anch'esso delle formalità. Se il codicillo è nuncupativo, dev'essere datato e pronunziato in presenza della persona pubblica, che ritiene l'atto, e di quattro testimoni, scritto dal Notajo, segnato dal Codicillante, dal Notajo, e dai testimoni, fatto *uno contextu*, e letto al codicillante in presenza de' testimoni.

S'è mistico, il codicillo dev'essere scritto dal testatore o da una persona di fiducia, e sottoscritto dal codicillante. Se il testatore per non sapere sottoscrivere, ha fatto scrivere le sue disposizioni, devesi chiamare all'atto di soprascrizione un testimonio sopranumero, com'è prescritto pel testamento (5). Solo chi sa leggere può fare un codicillo chiuso; lo scritto interiore dev'essere datato (6). In quanto all'atto di soprascrizione, le formalità sono determinate dagli articoli 9 e 10 dell'Ordinanza.

S'è olografo, basta che sia datato, scritto e sottoscritto dalla mano del codicillante, se non che in questa forma la disposizione non può valere, che in favore de' discendenti. Se fosse fatto in favore degli estranei, sarebbe nulla. Infine s'è *inter liberos* per persona pubblica, dev'essere ricevuto da due notai o da un notaio e due testimoni (7).

Circa la capacità del codicillante solo colui, che può fare un testamento, può fare un codicillo. *De persona ordinandis ita jus est, ut is demum codicillos facere possit, qui et testamentum facere potest* (8).

46. Abbiamo semplicemente indicata la differenza tra il codicillo ed il testamento. Ora la preciseremo anche più.

Prima differenza.

Le disposizioni universali non possono valere ne' codicilli, se non come fedecommessi, nè si applica la massima *il morto impossessa il vivo*.

Seconda differenza.

Non si può dare nè togliere la eredità per mezzo di un codicillo (9).

Terza differenza.

Non si può morire con più testamenti validi per dritto romano; ma nello stesso dritto si può morire con più codicilli, tranne chè non siano inconciliabili (10).

Quarta differenza.

Nel codicillo la capacità del codicillante si guarda solo in tempo della morte (11).

Ciò ritenuto, ed essendo il codicillo un modo di disporre diverso dal testamento, ne segue, che un testamento nullo non può valere coma codicillo, ancorchè ne abbia le forme, dapoichè chi fa un testamento non vuole sol per questo fare un codicillo, ch'è una cosa tuttaffatto distinta. Epperò il testamento non può valere come codicillo, che in quantoche il testatore l'abbia espressamente dichiarato con la clausola chiamata clausola codicillare, la quale dev'essere esplicita, e non si suppone (12).

Del resto giusta l'osservazione di Voet la clausola ondicillare può confermare un testamento nullo per mancanza di solennità, ma non può convalidare un testamento nullo *ratione voluntatis*, sia perchè il testatore non aveva la capacità richiesta, sia perchè il legatario si trovava nel medesimo caso.

Da ultimo onde la clausola codicillare possa produrre effetto, bisogna, che l'atto, cui si riferisce sia rivestito delle forme del codicillo (13).

48. Il Codice Napoleone non riconosce più i codicilli, propriamente detti. Qualifica col nome di testamento tutti gli atti di ultima volontà, talchè non vi è più veruna differenza tra il codicillo ed il testamento. Codesti due modi

(1) *Enarrat.* sul Cod.; T. *de codicillis*. Furgole, t. 4, p. 348, cap. 12. Vinnio, *Partit. juris*, lib. I, c. 45. Mantica, *De conject. ult. vol.*, t. 8, lib. I. n. 1.
(2) Second'aringa sul testamento dell'Abbate d'Orléans
(3) Pothier, Pand., t. 2, p. 263, n. 1. Voet, 39, 7, 1.
(4) Instit., *De cod.*
(5) Art. 10 Ordin. del 1735.
(6) Art. 38. Ordin. del 1735.
(7) Ordinanza del 1735.
(8) Vinnio, *Part. juris*. lib. I, cap. 45. Voet *ad Pand.*, *De jure codicill.*, n. 2.
(9) Cujacio, *Quaest. pap.*, lib. 15, *l.* 10. D., *De jure codicill.*
(10) Voet, *luog. cit.* ni 29 e 73.
(11) Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 279, *n.* 56.
(12) Voet, 39, 7, 6, e Mantica, *De conject.*, I, 9.
(13) Voet, *loc. cit.*, n. 8. Fabro, *Codice*, 6, 53.

Digitized by Google

di disporre sono fusi in un solo, che dev'essere rivestito di certe formalità necessarie alla sua validità, e che spiegheremo più basso.

49. L'art. 893 non comprende nella sua disposizione le rimessioni de' debiti, che sono un genere di liberalità affatto particolare, e corredato di tanti favori, che non si è mai richiesta per la loro validità veruna formalità speciale. Possono in generale e salvo qualche caso particolare, essere fatte per lettere missive o per ogni altra non solenne maniera (art. 1282, Codice Napoleone). Sono piuttosto *distractus* che *contractus*.

Ad ogni modo vi ritorneremo nel nostro commentario dell'art. 931, ove parleremo ancora di altre specie di liberalità, come le donazioni manuali, che sfuggono alle formalità ordinate dal titolo, che analizziamo (1).

50. Da ultimo bisogna dire una parola di un genere di disposizione, che chiamasi presso i Romani *mortis causa capio*. È desso un mezzo di acquistare per la morte di qualcuno, quando il testatore impone al suo erede in forma di condizione l'obbligazione di donare ad un terzo. Questi riceve allora in virtù del titolo *mortis causa capio*. I Romani avevano inventato questa denominazione, il cui significato indeterminato è calcolato, perciocchè a parlare propriamente il terzo non è nè erede nè legatario, nè fedecommessario, non essendo messo nella disposizione, e figurando solo nella condizione, che non dispone direttamente (2). Nel nostro dritto non si mira tanto da vicino una classificazione così sottilo per la forma, e si pongono nel numero delle disposizioni testamentarie questi atti a causa di morte, che sono fatti a titolo di liberalità. Sono dessi de' lucri, e potrebbero anche dirsi de' legati, ed entrano nel calcolo della porzione disponibile (3).

Vedremo anche in prosieguo (4), che la persona gratificata può avere un' azione come lo stesso legatario.

Articolo 894 — (813).

La donazione tra vivi è un atto, pel quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario, che l'accetta (a).

COMENTO DEL TROPLONG

SOMMARIO

51. Osservazioni generali sulla definizione della donazione tra vivi.
52. Perchè è qualificata tra vivi.
53. Il dritto consuetudinario non riguardava come una donazione tra vivi la donazione fatta da un moribondo.
54. Motivo di questa disposizione ricavato da che la quota disponibile per donazione non era la stessa della quota disponibile per testamento.
55. Questo motivo non esiste più sotto del Codice. Spiegazione storica.
56. Osservazione sulle parole *tra vivi*.
57. La donazione è un contratto? — Controversia degli autori.
58. Dissenssione nel Consiglio di Stato — Osservazione su di un' opinione del primo Console.
59. La donazione è un contratto — Argomento ricavato dal contratto di prestito.
60. Continuazione.
61. Conclusione.
62. Ma la donazione è un contratto sinalagmatico? — *Quid* del caso, in cui è pura e semplice?
63. *Quid* se invece di essere pura e semplice, contenesse de' pesi pel donatario? — Confutazione dell'opinione di Furgole su tale soggetto.
64. Può il donatario ripudiare la donazione dopo di aver l'accettata?
65. Ragioni in appoggio dell'affermativa nel caso, che la donazione è pura e semplice.
66. Opinione affermativa di Pothier relativamente alla precapienza, che considera come una donazione — Esame della giurisprudenza.

(1) Appresso, n. 1076.

(2) L. 31 e 38, D., *De mortis causa donat* Pothier, *Pand*, t. 3, p. 44, n. 25. Mantica, *De conject.*, tom. 14, lib. 1, Ricard, c. 2, n. 85. Ortolan, sulle Instit., *De donat*.

(3) Ricard, *loc. cit.*

(4) N.i 298 e 299.

(a) L'art 813 delle attuali Leggi civili è letteralmente simile all'art: 894 del Cod Napoleone.

Dritto Romano — Il dritto Romano riteneva la donazione tra vivi come contratto. (Arg. della L. 7, *C. de his quae vi metusve*). Il resto della definizione corrisponde alle disposizioni del dritto romano. *Dat aliquis ea mente ut statim velit accipientis fieri* (*L. 1 D. donation.*) *Ad exemplum venditionis nostra sostitutio (donationes) etiam in se habere necessitatem traditionis voluit. Ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori* (*§ 2 Instit. de donat. L. 35. C. eod.*) *Si donationem rite fecisti, hanc auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet* (*L. 5 6. Cod. de revoc. donat.*) *Generaliter sancimus, omnes donationes, lege confectas, firmas illibatasque manere, si donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur* (*L. ult. C. de revoc. donat.*) *Absenti sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat, sibi habere eum jubeas, donari recte potest. Sed si nescit rem, quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit.* (*L. 10. D. de donat:*)

Il traduttore.

Digitized by Google

67. Arresto di Cassazione de' 29 Febbraro 1820.
68. Arresto della Corte di Grenoble del 1823 e 1828— Osservazioni su questi arresti.
69. Ma se la donazione contiene de' pesi espressi a carico del donatario, vale a dire de' pesi diversi de' pesi naturali, il donatario non può ripudiarla senza il consenso del donante.
70. Riassunto.
71. Senso delle parole *si spoglia* adoprato nella definizione dell'art. 894.
72. Intelligenza della parola *attualmente* nello stesso articolo.
73. La massima « *Donare e ritenere non vale* » non dev' essere compresa in questo senso, che la donazione non è suscettibile di condizione o di termine.
74. Quel che bisogna intendere per la parola *irrevocabilmente*. — Si può rendere la donazione rivocabile sotto condizione. —Si può stipulare in una donazione il dritto di riversione.
75. La donazione diviene irrevocabile sol dopo l'accettazione. — Opinione contraria di Dumoulin.
76. Quando la donazione è fatta ad una persona presente ed accettante con un peso stipulato dal donante a favore di un terzo assente, il donante può rivocare questo peso.
77. Il consenso del donatario non è necessario per questa rivocazione.
78. Conseguenza della regola delle irrevocabilità delle donazioni.
79. Spiegazione della parole *a favore di.*—Conseguenza, che bisogna ricavarne nel caso, in cui la donazione impone al donatario delle obbligazioni speciali.
80. Arresto della Corte di Parigi nell' affare delle lettere di Beniamino Constant.
81. Dell'accettazione della donazione.

51. L' art. 894 dà la definizione della donazione tra vivi ; tale definizione contiene i tratti essenziali di questo genere di disposizione, riproducendo le idee della legge 1, D. *de donat.*

« Est ea, quae fit a vivente, et ea mente ut « accipientis fiet ; quod nullo modo per di« spositionem contrariam revocetur. »

Si potrebbe aggiungere, ch'è di dritto delle genti, come più sopra abbiamo detto (1), e Ricard ha ragione d' insegnere essere ella nata colla società degli uomini, i quali non appena si sono trattati con assiduità hanno cercato con delle liberalità e de' doni reciproci ad intrattenersi in amicizia.

Ma quel, che soprattutto dev' essere notato, benchè il nostro articolo non vi si sia fermato, è che la donazione tra vivi deve avere un certo carattere di spontaneità. Tal era la osservazione positiva della legge 82, D. De reg. juris. « *Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur.* » Ed in effetti non vi è vera liberalità, che quella fatta senzachè vi siamo obbligati, cosicchè il nostro articolo per essere completo avrebbe dovuto aggiungere *nullo jure cogente*.

52. Ciò stabilito, veniamo al dettaglio della definizione dell' art. 894.

E dapprima la donazione è qualificata tra vivi per indicare, dover esser fatta ad una persona vivente da una persona, che vive.

53. Su che conviene esaminare, se il Codice Napoleone permette le donazioni fatte dalle persone giacenti in letto, inferme della malattia, della quale sono morte.

Nel dritto romano non vi era dubbio, che tali donazioni valessero come donazioni tra vivi, quando erano irrevocabili. Furgole dice su tale proposito : « Un ammalato anche all' e« stremità può donare tra vivi, nè si può d re, « che sia una donazione a causa di morte ; è « una donazione tra vivi fatta da un moribon« do (2)

Ma ne' paesi di consuetudine era tutt' altro. Si prendeva la parola *vivo* nel più stretto significato ; si voleva, che il donante fosse nel suo stato ordinario di salute, e che non fluttuasse tra la vita e la morte ; si voleva, che una malattia mortale non facesse presumere, che la sua previdenza si adoperasse piuttosto, a regolare la distribuzione de' suoi beni dopo la morte, che durante la vita. Per lo che le consuetudini, e specialmente quella di Parigi (3) proibivano come donazioni tra vivi le disposizioni qualificate tra vivi da una persona ammalata di una malattia mortale, e volevano, che la disposizione venisse riputata a causa di morte e rivestita delle formalità testamentarie, senza di che fosse nulla (4).

54. Questa giurisprudenza derivava da un potente motivo ne'paesi di consuetudine Da una parte si volevano salvare gli ammalati dal pericolo della loro propria debolezza, ricusando loro le capacità di fare delle disposizioni irrevocabili, che gli esponessero al pentimento. L' uomo spera sempre di ritornare alla salute (5), e la donazione, che fa nel più forte di una malattia mortale, non può presumersi di essere stata consentita contro di questa speranza. L'ammalato ha creduto piuttosto di fare un testamento ; ha voluto piuttosto spogliare i suoi eredi, che sè stesso.

Dall'altra parte per quale motivo si è profittato della poca lucidità della sua agonia per fargli dare alla sua liberalità la forma di una donazione e non di un testamento ? Perchè la quota disponibile per testamento è nelle consuetudini molto inferiore alla quota disponibile per donazione (6), e che si è voluto portarla al di là de'confini del potere testamentario.

Laonde partendo da queste idee, le consuetudini vollero impedire al donante, in preda a

(1) N.i 9 e 10.
(2) *Comment. sull'ord. delle Donazioni*, art. 4.
(3) Art. 277.
(4) Coquille, *quest.* 162.
(5) Dolauriere sopra Parigi art. 277.

(6) Argou, t. 1, p. 253, *Instituzioni al dritto francese* ne dà così la ragione. « Le consuetudini hanno « permesso di disporre di tutt'i propri per donazione tra « vivi, perchè avviene di rado, che un uomo voglia « spogliarsi da sè stesso vivente; e nondimeno se vuole

delle seduzioni, che sono sì facili nelle malattie, di adoprare una via tortuosa per disporre, in apparenza per donazione tra vivi, ma in realtà a causa di morte, di più di quanto gli era permesso di disporre per testamento.

55. Sotto il Codice Napoleone la quota disponibile per donazione è la stessa della quota disponibile per testamento, di sortechè non v'ha più da temere, che la donazione venga ad occultarsi sotto la forma d'una donazione tra vivi. Il motivo, che aveva eccitato la previdenza della consuetudine di Parigi e delle somiglianti consuetudini, venendo dunque a cessare, la disposizione dell'antica legge ha dovuto scomparire.

Epperò sull'osservazione del Tribunato fu tolto dal progetto del Codice un articolo così concepito:

« La donazione tra vivi, che sarà fatta nei « sei giorni, che precedono quello della mor« te, non varrà, che come disposizione testa« mentaria, o che sia stata accettata o pur no « prima della morte (1). » Il tribunato rilevava molto bene (2), che nello stato delle cose, nel quale il Codice Napoleone aveva messe le riserve e la quota disponibile, non vi era più verun inconveniente a dichiarare donazione tra vivi ogni donazione, fornita di tale carattere, qual che si fosse il tempo della sopravvivenza del donante alla donazione (3). La quale osservazione venne presa in considerazione, e l'articolo del progetto fu soppresso. Onde non resta più nulla nel nostro dritto moderno delle disposizioni delle consuetudini sulle donazioni fatte dagli ammalati colpiti dalla loro malattia mortale. Nonpertanto si è sempre in diritto di esaminare, se sono stati sani di mente, ma è questo un punto, che si lega ad un altro ordine di cose.

56. Le parole *tra vivi* suggeriscono un'altra osservazione, che facciamo qui di passaggio: cioè che la donazione non può essere fatta, che ad una persona nata o concepita nel momento della donazione. Questo punto ritornerà più basso nel commentario dell'art. 906.

57. L'art. 894 non dà alla donazione il nome di contratto, ma la qualifica col nome di *atto*; tale parola fu inserita nel testo dopo una discussione nel Consiglio di Stato, la quale ci conduce ad esaminare, se la donazione è oppur no un contratto: questione, che non manca d'importanza, e sulla quale si trova una gran varietà di opinioni.

L'affermativa è stata insegnata da Bartolo (4) Ricard (5) Pothier (6), e da una folla di autori gravissimi.

Furgole per lo contrario ha sostenuto la negativa con energia in molte parti delle sue opere (7). In ciò ha seguito l'opinione del Presidente Fabro, che dà all'opinione contraria un vasto posto tra gli errori del dritto, de' quali si è egli fatto l'interprete correttore nella sua opera intitolata *De erroribus pragmaticorum* (8).

Tra'nuovi giureconsulti Merlin è di avviso, che la donazione è contratto sinalagmatico.

Ma Grenier adotta questo parere con una restrizione, già ammessa da taluni antichi dottori (9). Conviene, non essere la donazione un contratto sinallagmatico, quando è pure e semplice, ma la dichiara tale, quando è accompagnata da pesi; e questa è pure l'opinione di Fabro (10).

S'è incontestabile, che la donazione produce delle obbligazioni, avremo ragione di concluderne, ch'è una convenzione, un contratto. Ora l'evidenza dice, che la donazione ingenera un legame di dritto, che obbliga il donante a spossessarsi della cosa donata e darla al donatario. « *Obbligationum substantia consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum* (11).

E poichè non vi può essere obbligazione senza causa, e che la causa è qui una convenzione fatta tra il donante ed il donatario, dovremo dire, che la donazione è una convenzione, che produce un'obbligazione, ossia, ciò ch'è lo stesso, un contratto (12). Epperò gl'Imperatori Diocleziano e Massimiano mettevano la donazione nel numero de' contratti (13).

58. Quando il progetto del Codice fu sottomesso al Consiglio di Stato, l'articolo, che discutiamo diceva: « La donazione è un con« tratto, pel quale ecc. » (14). Questa redazione fu cambiata, ed alla parola *contratto* venne sostituita la parola *atto* sull'osservazione fatta dal primo Console, che « *la parola con-*

« fario, la legge glielo permette, non volendo obbligar« lo di avere verso i suoi eredi più riguardo, che non « ne ha per sè stesso. Ma la consuetudine non permette « di disporre per testamento, che di una parte de' suoi « propri, e ciò per conservare i beni nelle famiglie » Imperciocchè sarebbe possibile, che il testatore, che lascia questo mondo, e che non è più ritenuto da veruno interesse personale, spogliasse del tutto i suoi eredi naturali per fare passare in mani straniere de' beni, dai quali è per distaccarsi.

(1) Art. 54, Fenet, t. 12, p. 423.

(2) Fenet, t. 12, p. 452.

(3) Merlin, Repert., v° *Donat.*, Sezione, 1, § 2, n. 8. Seziona 3, § 1, n. 5.

(4) Sulla L. 9, § 1, D., *de donat.*

(5) *Donat.*, part. 1, ni 835 846.

(6) *Introd. alla consuet. d'Orléans*, t. 15, ni 1,2,3,4.

(7) *Questioni sulle donat.*, quest. 1, n. 32, e quest. 8, n. 1. e *Comment. dell'Ord* del 1731 sugli art. 5 e 18.

(8) *De error. pragmatic.* decad. 45, *err.* 8.

(9) *Donazioni* ni 76 e seguenti.

(10) *De error. grammat.* decad. 45, *error.* 8 e 9, n 1.

(11) L. 3, D., *De oblig. et act.*

(12) V. Pothier, *Oblig.* ni 2 a 3.

(13) L. 7, C., *De his quae vi vel met.* Aggiungi L. 8, D., *De praescript* 30 vel 40.—Gotofredo sulla prima di queste leggi diceva. « *Hinc colligitur donatio« nem esse contractum* » V. pure quello, che dice sulla l. 19. D., *De verb. signif.* nota 52, ove confuta Alciato.

(14) Fenet, t. 12, p. 261.

tratto impone da' carichi vicendevoli a' due contraenti, e che perciò quest' espressione non poteva convenire alla donazione. » Il Consiglio di Stato invece di esaminare il merito di questa proposizione e di ricercare la dottrina, sin allora ammessa sul carattere delle donazioni, si abbandonò ad una impreveduta digressione sulla maggiore o minore utilità delle definizioni nei Codici. Tramezzo di questo episodio, Malleville fece passare senza discussione un emendamento, che faceva dritto all' osservazione di Napoleone, e l' art. 894 fu votato tale, quale ora è. Però non ostante ciò, che que l' articolo ne dice, non è meno certo, che la donazione è un contratto.

È soprattutto chiarissimo, che il primo Console non esprimeva il suo pensiero con una sufficiente precisione.

Non già perchè la sua osservazione mancasse in fondo di opportunità, che anzi dinota nel suo autore l' istinto del vero giuridico ed il sentimento di uno de' più fecondi caratteri della donazione (1). Però quest' istinto si traduce con delle parole, che non sono quelle di un Giureconsulto. Ed in effetti non è esatto (e sarebbe stato buono, che la discussione del Consiglio di Stato avesse fatto delle riserve a tal riguardo), che tutt' i contratti impongono de' carichi vicendevoli a' due contraenti. Per convincersene basta leggere l' art. 1103, che dispone :

« Il contratto è unilaterale quando una o « più persone sono obbligate a favore di una « o più altre, *senzachè da parte di questa « ultima vi sia alcuna obbligazione.* »

Il primo console ha evidentemente dato ai contratti in generale, a tutti i contratti, un carattere, che appartiene soltanto a' contratti sinallagmatici, i soli, che impongono delle vicendevoli obbligazioni giusta l'art. 1102 dello stesso Codice. Ed è per errore, che ha pensato, che la donazione pura e semplice non è un contratto, perchè la definizione de'contratti bilaterali non vi corrisponde.

59. Forse si dirà, che tutt' i contratti possibili, nominati o innominati, possono ridursi a queste quattro specie, *do ut des, do ut facias, facio, ut des, facio ut facies* ; che in queste quattro specie i due stipulanti sono sottoposti a delle obbligazioni reciproche, le analoghe delle quali non si trovano nella donazione ; e che in questo senso ha avuto ragione il primo Console di torre alla donazione la qualità di contratto. Alla quale obbiezione rispondo con delle distinzioni, che ne fanno risaltare le parti deboli. Per esempio niun dubbio, che nel contratto di vendita o in quello di locazione il venditore ed il compratore, il locatore ed il conduttore sono soggetti a delle vicendevoli prestazioni. Niun dubbio ancora, che queste prestazioni fanno l' obietto principale del contratto, e sono le conseguenze di due reciproche obbligazioni. Ma ne' contratti, che si costituiscono per mezzo della cosa, e che si dicono reali (2) bisogna ben distinguere la prestazione, ch' è l' occasione del contratto, da quella, che n' è l' obietto. Per esempio nel contratto di prestito il mutuante dà al mutuatario una somma di danaro, che questo secondo si obbliga di restituirgli, e questa prestazione del mutuante è appunto l' occasione del contratto, senza della quale il mutuatario non sarebbe tenuto a nulla, nè vi sarebbe contratto. Or questa prestazione del mutuante è fuori dell'obbligazione prodotta dal contratto di prestito, vale a dire l' obbligazione di restituire la cosa prestata (art. 1992 Codice Napoleone) comincia soltanto dal giorno, in cui la somma convenuta è stata pagata ; di talchè è impossibile di concepire un contratto di prestito senzachè la somma da restituirsi dal mutuatario non sia pagata precedentemente (3). Ond' è falso di dire, che nel contratto di prestito per esempio, i due contraenti si obbligano a delle vicendevoli obbligazioni; nè una tale opinione si può sostenere, che confondendo una prestazione, che non è compresa nell' obbligazione, con una prestazione, ch' è l' unico obbietto del contratto.

Il prestito abbraccia una sola obbligazione principale, l'obbligazione da parte del mutuatario di restituire l' impronto ; in quanto al mutuante, non è tenuto, che da obbligazioni accessorie, emergenti dalla pura equità, ed indipendenti dal consentimento (4).

60. Ciò ritenuto, si scorge facilmente, esser poco importante, che la donazione non presenta l' accordo delle due prestazioni, che si rinvengono in tutt' i contratti, nè da ciò può conchiudersi, che non appartiene alla classe de' contratti. Tutto ciò, che ne risulta, si è, che non è dessa un contratto somigliante agli altri. E per verità che cosa è un contratto, se non una convenzione, che produce obbligazione ? Si può negare, che la donazione ha questo carattere ? Quel che fa l' equivoco, è questa prestazione, che in certi contratti è fuori dell' obbligazione, e che non si rattrova nella donazione. Ma lungi dal cavarne la conseguenza, che la donazione non è un contratto, si dovrebbe solamente concluderne, che la donazione è un contratto a parte ; ch' essendo una liberalità assoluta, fatta *nullo jure cogente*, non comporta per la sua natura queste duppie

(1) Il che si vedrà nel n. 64 e seguenti.

(2) Vedete le mie spiegazioni su di ciò nel mio commentario *del prestito* n. 6, ove combatto Toullier, che non riconosce in dritto francese l'esistenza de'contratti reali. (Toullier, t. 6, n.i 17 e 18).

(3) Il mio comm. *Del prestito luogo cit.*

(4) Il mio comment. *Del prestito* n. 7.

prestazioni, le quali sono la conseguenza degli altri contratti, sia sinallagmatici sia unilaterali sia commutativi, sia di beneficenza.

61. Per fare meglio comprendere la nostra idea riprendiamo il nostro esempio del prestito di consumazione. La sol' obbligazione principale, che risulta da questo contratto, è di astringere il mutuatario a restituire la cosa prestata, come la sola obbligazione risultante dalla donazione, è di forzare il donante a spogliarsi della cosa donata ed a fare la tradizione. Ma qual' è la causa, che obbliga il mutuatario a restituire? È perchè ha ricevuto con l' obbligo di restituire, mentre invece se il donante si obbliga a donare, è per un puro spirito di generosità, senzachè nulla gliene imponga un dovere. Epperò non v' ha differenza, che nella causa, ma in quanto al legame del dritto ed al consentimento delle due parti, si trovano essi nella donazione come nel prestito e reciprocamente. Concludiamo dunque, che la donazione è un contratto, ma un contratto di pura liberalità, un contratto, che per la causa differisce dalle altre convenzioni, e vedremo bentosto, che da questa causa, tutta speciale, emergono delle conseguenze assai gravi, onde il Consiglio di Stato ha fatto della donazione un contratto a parte, un contratto *sui generis*, che non poteva restare dominato da' principî generali degli altri contratti.

62. Ora dopo di avere provato, essere la donazione un contratto, esaminiamo, s'è un contratto sinallagmatico o unilaterale. Non pensiamo, che questa quistione sia ben difficile, ma siccome è stata elevata da gravi autori, dobbiamo toccarla con qualche riflessione.

La donazione pura e semplice è unilaterale, nè produce obbligazione, che da un solo lato, da parte del donante; il donatario non si obbliga a nulla; riceve solo una liberalità. Dire, come Ricard (1), che la donazione è un contratto sinallagmatico, anche quando è pura e semplice, perchè è fatta sotto tacite obbligazioni, come di nutrire il donante in caso di necessità, di restituire la cosa donata in caso d' ingratitudine o di sopravvenienza di figli, e di pagare i debiti, cui i beni donati sono ipotecati, almeno sin alla concorrenza, sarebbe secondo noi di dividere l'errore, in cui questo Giureconsulto è incorso. Imperciocchè la donazione è fatta per gratificare e non per obbligare il donatario, sì che costui deve riceverne un utile e non un peso; ed appunto in questo senso la legge 18 D. *de donat* dice: « *Obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est.* » Le condizioni tacite, di cui parla Ricard, non ci sembrano contrarie a questo principio, perocchè anche il prestatore è sottoposto all'obbligazione tacita di non ridomandare la cosa prestata primachè il prestatario non se ne sia servita. È anche responsabile de' difetti della cosa prestata, quando sono tali, che abbia potuto conoscerli, e che hanno potuto cagionare del danno al mutuatario. Ma malgrado queste tacite obbligazioni, si può legittimamente sostenere, che il contratto del mutuo di consumazione è un contratto bilaterale? No certamente, perchè in quest' ultima specie di contratto (come nella donazione) le obbligazioni tacite, di cui abbiamo parlato, non sono nè principali nè incidentali del contratto, ma bensì obbligazioni accessorie, che emergono solo dall'equità o dalle regole di dritto naturale, che obbligano gli uomini anche senza convenzione (2).

Si possono consultare le osservazioni, che abbiamo intorno a ciò presentato nel nostro commentario del prestito (3).

63. Ma se invece di essere pura e semplice, la donazione contiene delle obbligazioni pel donatario, cambia allora di carattere, e da un contratto unilaterale, che era, diviene un contratto sinallagmatico, nel quale il donante si obbliga a donare, mentre il donatario si sottomette a certe prestazioni positive, specificate in grazia della donazione. Furgole (4) si è molto adoprato per sostenere, che neppure in questo caso la donazione è un contratto sinallagmatico, e non si può fare a meno di dire, che la sua opinione è sostenuta dalle più solide ragioni, che la materia poteva suggerire. Se non che queste ragioni esaminate alla luce del buon senso, non sono concludenti; comechè la più parte traggono unicamente la loro energia dalla sottigliezza del dritto romano, respinta dalla semplicità del nostro dritto francese.

64. Concludo dunque, essere la donazione un vero contratto, contratto unilaterale, quando è pura e semplice, contratto bilaterale, quando è fatta con pesi. Non ammetto per intiero i scrupoli del Consiglio di Stato, che le ha ricusato il titolo di contratto per darle il nome di atto, perchè mentre il Consiglio ha avuto indubitatamente ragione di volere una redazione, che facesse comprendere, essere la donazione distinta dagli altri contratti, è dubbio però che se abbia adottata la migliore.

Tuttavia, e fatta riserva di questa osservazione, affrettiamoci di riconoscere, che questi scrupoli del Consiglio di Stato hanno un senso pratico, di cui è d' uopo aver conto; soprat-

(1) Part. 1, n. 846.

(2) *Est iniquum damnosum cuique esse officium suum* (l. 7, D., *Testam quemad aperiant.*) *Adjuvari nos, non decipi, beneficio oportet* (l. 17, § 3, D., *Commod.*) V. l' art. 1135 del Codice Napoleone ed altre regole più o meno applicabili alle obbligazioni accessorie, di cui favelliamo.

(3) N. 7.

(4) Questione 8.

tutto debbono esercitare una grande influenza sulla quistione, se il donatario possa ripudiare una donazione dopo di averla accettata (1).

Molti buon'ingegni ritengono questa quistione risoluta dal carattere di contratto, che appartiene alla donazione; ma s'ingannano a mio avviso. Dimenticano, che sebbene la donazione sia un contratto, non è però un contratto del tutto simile a quelli, di cui si tratta nel titolo de' *Contratti e delle obbligazioni*; dimenticano, che prima di ogni altro è una liberalità, e ch'è questo un contrassegno capitale, che non può rimanere sterile. Che se la definizione del nostro articolo è stata di soverchio miticolosa nel non volere accordare alla donazione il nome di contratto, non può però essere criticata nell'avere preso le sue precauzioni, onde una linea di confine si ponesse tra la donazione e gli altri contratti. Al contrario bisogna approvarla sotto tale rapporto nè disprezzarne il pensiero; e sotto siffatta veduta la parola *atto* messa nell'art. 894 ha un vero obietto.

Vi sono due aspetti nella nostra quistione.

La prima difficoltà sta nel sapere, se quando la donazione è pura e semplice, il donatario può ripudiarla.

La seconda se lo può, quando si è egli espressamente soggettato a qualche obbligazione a favore del donante o de' creditori.

65. Diciamo con Furgole e col sig. Grenier sulla prima difficoltà, essere giusto, che il donatario abbia il dritto di rinunciare alla liberalità, e ciò pel gran principio, che una liberalità non dev'essere onerosa a chi la riceve (2): *Adjuvari nos, non decepi beneficio oportet* (3). — *Est iniquum, damnosum cuique esse officium suum* (4).

Così parla il dritto romano di accordo con la morale l'equità ed il buon senso (5).

Che importa l'obbiezione, che la donazione è un contratto? La convenzione è dominata dallo spirito di liberalità, che non potrebbe mancare a sè stesso con imporre al donatario degli onerosi doveri.

D'altronde il consenso del donatario alla donazione è solo richiesto per legare il donante, e trasferire la cosa donata da' beni del donante in quelli del donatario. Il che viene spiegato da Grozio (6) che muove dalla idea, che niuno può per la propria volontà trasferire ad altri un dritto ne' suoi beni, se la volontà di questo non concorre con la sua per acquistarla mercè un'accettazione. D'onde si deve conchiudere, che se il donatario accetta, nol fa per contrarre un'obbligazione, (*Obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est*). ma per rendere l'atto perfetto, ed impedire, che non rimanga un semplice progetto.

A questa ragione improntata da Forgole, forse ci si opporrà l'art. 1134 del Cod. Napoleone, che dice: « Le convenzioni legalmente « formate hanno forza di legge tra coloro, che « le han fatte, nè possono essere rivocate, che « di loro scambievole consenso. » Ma è sempre lo stesso argomento, che respinge il carattere di liberalità della donazione, e crollerà sempre più, se si riflette, che quest'articolo del Codice è la traduzione della legge 5. C. *De oblig. et act.* del'a quale ecco il testo. *Sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus; ita renuntiare semel constitutae obligationi, adversario non consciente, nemo potest.* »

Ora codesta legge per la sua lettera e pel suo spirito fa vedere. che solo il debitore non può liberarsi dalla sua obbligazione senza il consenso del creditore, perciocchè è ben chiaro, che la parola *obbligazione* non ha nè può avere relazione, che alla persona obbligata, perchè ella sola è legata dal *vinculum juris*.

Epperò s'è vero, che il donatario non contrae veruna obbligazione; s'è vero che la donazione non faccia, che obbligare il donante a spogliarsi della cosa, in che l'art. 1134 può opporsi alla dottrina, che sostenghiamo? Si dirà forse, che il donante, verso del quale niuna particolare obbligazione è stata contratta, potrà opporsi alla ripudiazione? Ove starebbe il suo interesse, se nulla si è stipulato a favor suo? *Actio non datur cui nihil interest* (7).

Quando si dona puramente e semplicemente, non si agisce col pensiero d'imporre una molestia a colui, che si gratifica.

Si cerca di fargli piacere, di venire in suo soccorso; e quando la donazione gli pesa, non vi ha interesse, che la ritenga lui malgrado. Ripetiamolo; si anderebbe contro lo scopo della donazione, insistendo su di una necessità dispiacevole, onerosa.

Si obietterà forse, che la donazione, anche quando è pura e semplice, impone al donatario delle tacite obbligazioni; che il donatario in caso di bisogno deve gli alimenti al donante (art. 955); che se la donazione è universale, è tenuto pure di pagare i debiti del donante; e se ne trarrà in conclusione, che vi sono de'pesi, i quali essendo stati accettati positivamente, non possono essere ripudiati per

(1) La *Rivista della Legislazione straniera*, t. 10, p. 972, contiene una dissertazione su questa quistione del Sig. Ferry.

(2) « *Donatarius non debet remanere damnificatus.* » (Casaregis, *Disc.* 82, n. 44. Deluca, *De donat.*, *Disc.* 14, n. 13).

(3) L. 17, § 3, D., *Commodat.*

(4) L. 7, D., *Test. quemad. aperiant.*

(5) *Infra*, n. 79.

(6) *De jure pacis et belli*, lib. 2, c. 2, § 3.

(7) Cujacio sulla l. 31, § 1, D., *Negotior. gestor* (l. 3, *Respons. Papinian.*)

Digitized by Google

un tardivo pentimento, anche abbandonando l'emolumento della donazione.

Ma le risposte si affollano per vietare alla mente di arrestarsi a queste obbiezioni. Le obbligazioni, delle quali si è parlato, sono delle obbligazioni accessorie, che sono piuttosto un peso de' beni, che un obbligo della persona. Risaliamo all'intenzione delle parti, che in fatto di convenzione è la legge suprema. Forse il donante è stato animato da altro pensiero oltre quello di essere liberale verso il donatario? Forse ha voluto fare gravare su di lui delle obbligazioni moleste? Affatto; generoso da principio, deve rimanerlo sino alla fine col riprendere una cosa, nella quale il donatario non trova il suo conto. Senza di che si porrebbe nella donazione una idea di commercio, ch'essa esclude per la sua natura.

Aggiungiamo con Cujacio (1) che con una donazione, anche universale, non si presume di avere donato, se non quello, che resterà *deducto aere alieno* (2). *Donatis*, egli dice, *omnibus bonis inter vivos, vel rebus omnibus, ea etiam dumtaxat donata intelliguntur, quae supersunt, deducto aere alieno*. D'onde si può conchiudere, che se i pesi ed i debiti assorbiscono i beni, non v'ha nè donazione nè accettazione, che faccia ostacolo alla ripudiazione. Non rimane nulla, su cui basa il peso, ed il donante, che ha voluto donare, e che in diffinitivo nulla ha donato, non si può dolere, se si agisce verso di lui, come se il suo scopo fosse venuto meno.

66. Sembraci, che la giurisprudenza abbia stabilito questi principî di una maniera positiva.

E dapprima Pothier nell'esaminare, il se sopravvivente de' due sposi dopo di avere accettato, essendo maggiore, la precapienza legale, può dopo l'inventario, rinunziando, sbarazzarsi da' pesi di questa precapienza, non esita a decidere, che lo può, perchè la precapienza legale è una pura donazione, che la legge fa al sopravvivente della parte del premorto nel mobiliare della comunione col peso di pagare la parte d. l detto premorto ne'debiti mobiliari della stessa comunione; aggiungendo, essere un principio comune a tutte le donaz oni (a), che il donatario, sebbene abbia accettata la donazione, non è tenuto de' pesi, se non sino alla concorrenza dell'emolumento, e che vi si può sottrarre con l'abbandonare le cose donate, e dando conto di tutto ciò, che ha percepito dalla donazione (3).

Notate, che Pothier è del numero degli autori, che qualificano la donazione di contratto; notate sopratutto, che nel rilevare, che taluni autori sostengono, che il sopravvivente non può rinunziare alla precapienza legale dopo di averla accettata, Pothier ha cura di fare osservare, che il loro dissenso deriva da che assimilano la precapienza legale alla *garde noble*(b), mentrechè questa è piuttosto un contratto di appalto che un dono. Di sortechè tutti sarebbero di accordo su questa quistione, se tutti pensassero, che la precapienza è una donazione (4).

Aggiungiamo, che il testo preciso dell'articolo 18 dell'Ordinanza del 1731 porta, che il donatario per contratto di matrimonio può rinunziare alla donazione per esonerarsi dai debiti, che ne sono la conseguenza.

E sebbene quest' articolo si riferisca semplicemente ad un caso particolare, può servire di argomento pe' casi analoghi.

Ma arriviamo a delle decisioni giudiziarie, a noi più prossime; ed eccone due, che sono degne della maggiore attenzione.

De l'Etang muore nel 1816, lasciando sua moglie donataria universale di tutt' i suoi beni a' termini del suo contratto di matrimonio.

La vedova fa un gran numero di atti, da cui risulta un' accettazione sia espressa, sia tacita.

Nondimeno il 26 di novembre 1816 la signora de l'Etang dichiara, ch'ella rinunzia a tutt' i dritti, che le dà la donazione universale contenuta nel suo contratto di matrimonio. In seguito intraprende di fare valere i suoi dritti di creditrice di suo marito, e con questo scopo cita un signore Billore come terzo possessore di un immobile, che sostiene gravato della sua ipoteca legale; questi le risponde aver ella fatto atti di accettazione, con che ha confuso nella sua persona la qualità di creditrice e di debitrice, essend' obbligata a tutt' i debiti per effetto della donazione; che perciò la sua dimanda è inammessibile.

Una sentenza del Tribunale di Dreux de' 23 di febbraro 1818 adotta questo sistema, ma in appello viene emesso un arresto della Corte di Parigi, che rivoca pe' motivi, che sieguono, e che nettamente dichiara il dritto del donatario di ripudiare la donazione anche dopo di averla accettata:

« Attesochè la qualità di donatario universale non è indelebile come quella di erede;
« che il donatario universale anche dopo di
« aver accettata e raccolta la donazione, può
« in ogni tempo spogliarsene, restituendo i
« beni donati e tutto quello, che ha ricevuto;
« che non è soggetto a' debiti, che in ragione
« della sua detenzione e per tutto il tempo,
« che questa dura; ch'egli non confonde come
« l'erede, e che se la confusione ha luogo
« nella sua persona, sussiste solo pel tempo

(1) Sulla legge 37, D., *De usuf. legat.*

(2) L. 30, § 1, D., *De verb. signif.*

(a) Il testo dice *donataire*, ma ci è sembrato un errore tipografico, e che abbia da leggersi *donation*. *Il traduttore.*

(3) *Della Comunione*, n. 439.

(b) Dritto per lo quale la madre o il padre nobile superstito godeva do' beni de' figli, sinchè fossero giunti ed una certa età, con l'obbligo di mantenerli ed educarli senza darne conto. *Il traduttore.*

(4) V. il suo *Trattato delle donazioni*, sez. 3, art. 1, § 2.

Digitized by Google

« del suo possesso, cessato il quale, i suoi « crediti ricompariscono in tutto il loro vigo« re ; che se dopo di avere abdicata la dona« zione, gli arriva di porre la mano su qual« cuno degli oggetti donati, non ridiviene per« ciò donatario, avendo la sua rinunzia un ef« fetto perpetuo ; ch'egli è semplicemente ob« bligato di restituire quello, che ha preso, « come ogni altro, che senza dritto se ne fosse « impadronito ecc. »

Ricorso in cassazione.

Ed il 29 di febbraro 1820 arresto della camera de' ricorsi, che rigetta per questi motivi :

« Attesochè l'antica giurisprudenza, non « abrogata dal Codice Napoleone, distingueva « tra gli eredi ed i donatari; che questi ultimi « non sono stati mai considerati in diritto come « *una et eadem persona* col defunto; che in « conseguenza non vi poteva essere confusione « d' immobili nè di patrimonio, anche quando « non si fossero ottenute le lettere del benefi« cio d' inventario, salva ogni utile azione dei « creditori del donante *ob rem*, e sino alla « concorrenza de' beni del detto donante; che « questa giurisprudenza è specialmente stabi« lita da un arresto del Parlamento di Parigi « de' 28 maggio 1826, reso sulle conclusioni « dell'avvocato generale signor Talon, e nella « cui pronunciazione il Presidente avverti gli « Avvocati di non più consigliare i legatari ed « i donatari di ottenere lettere ; — Attesochè « nel fatto l'arresto impugnato ha unicamente « pronunziato sugli effetti di una donazione « contrattuale, e che conseguentemente gli « articoli invocati (778, 792, 793, 801, 805, « 806) non potevano essere alla specie appli« cati (1).

Codesto arresto è molto preciso, e decide propriamente, che il donatario può in una donazione pura e semplice liberarsi da' pesi naturali annessi alla donazione, rinunciando.

68. La quistione si è presentata di nuovo innanzi la Corte di Grenoble, e vi è stata giudicata nello stesso modo con arresto de' 28 di giugno 1823. Trattavasi di una donazione universale de' beni presenti e futuri con obbligo di pagare i debiti in proporzione della donazione; obbligo, ch'è di dritto in tutte le donazioni di questa specie, e che non potrebbe considerarsi come un peso speciale e puramente convenzionale :

« Attesochè l'ordinanza del 1731 è sempre « stata intesa in questo senso, che una libera« lità a titolo gratuito non può in verun caso « divenire onerosa, e che il donatario non po« tendo essere gravato al di là delle forze dei « beni, deve in ogni stato di causa essere am« messo a ripudiarla ; che la quistione è stata « sempre così giudicata anche prima dell'ordi« nanza del 1731 ; che Furgole (tom. VI, « quist. 8) cita un arresto del Parlamento di « Tolosa del 10 settembre 1722, che ha deci« so, che sebbene il donatario si fosse sotto« posto espressamente a certi pesi in favore « del donante o de'ereditori, doveva nondime« no essere ammesso a ripudiarla ecc.(2)».

A quest'arresto bisogna aggiungerne un altro della stessa Corte de' 28 di agosto 1828, del quale sono identiche le circostanze, e tuttaffatto simile lo spirito (3).

Codesti arresti ci sembrano essere ne' termini del dritto; e sono conformi ad un celebre arresto del Parlamento di Tolosa de' 10 di settembre 1722, reso in circostanze analoghe, e che secondo la testimonianza di Furgole faceva giurisprudenza in quel Parlamento (4). Ora il testo dell'art. 894 non può far sorgere dell'esitazione, e la parola *atto*, messa a disegno in quest'articolo, deve portare de'frutti, che sotto questo rapporto, non danno motivo a veruna doglianza. Perciocchè non v'ha mente agginstata, che non sia colpita dalla necessità di avere riguardo al carattere speciale di questo contratto, all'idea di generosità, che vi domina, ed alla regola degli autori : *Donatarius non debet remanere damnificatus*. Il Tribunato chiedeva nelle sue osservazioni, ch' una decisione del legislatore troncasse la quistione della ripudiazione delle donazioni : « La qui« stione, esso diceva, se una donazione può « essere abdicata dal donatario, come ed in « quali circostanze, quistione, ch' è sempre « stata un soggetto di divisione di opinioni, pa« re, che dovess' essere uno degli oggetti della « legge (5). » Ma il Tribunato non avvertiva, che una parola era stata scritta nell' art. 894, che tagliava questa quistione. Il perchè la sua osservazione non venne presa in considerazione dal Consiglio di Stato (a)

(1) Deville, 6, 1, 191. Dalloz, *Disposizioni tra vivi*, cap. 4, sez. 3, art. 5, n. 14.

(2) Deville, 7, 2, 233.

(3) Deville, 9, 2, 138.

(4) *Quist.* 8 sulle *donat.* ni 62 a 63.

(5) Fenet, t. 12, p. 468.

(a) È moralmente impossibile, che si rinunzi ad una donazione, da cui si ha o si spera qualch'emolumento Quindi ordinariamente la quistione non può presentarsi nel caso di una donazione pura a semplice, se non quando l' emolumento è assorbito o da' debiti o da' pesi naturali dell' atto. Nel primo caso la quistione, che non può sorgere, che nelle sole donazioni universali, si confonde con l' altra, se il donatario sia tenuto de' debiti del donante oltre quella, che ne ha ricevuto, ed in questa sembra assorbente tra tutti l' argomento esposto dall' illustre autore, che non vi è donazione, ove manchi l' emolumento Nel secondo caso, come pure nell'altro, in cui il donatario mosso da dispetto, da livore, o da qualunque altro motivo, volesse rinunziare alla donazione dopo averla accettata, la quistione ci sembra soggetta a moltissime difficoltà, dapoichè in opposizione del ragionamento del nostro autore si può osservare: Che le disposizioni di ultima volontà sono indubitatamente degli atti di mera beneficenza, e nonpertanto la qualità di erede dopo di essersi accettata è più indele-

69. Veniamo ora al secondo capo della nostra difficoltà: abbiamo parlato di una donazione pura e semplice, o, il che è lo stesso, d'una donazione fatta co' pesi inerenti in questo genere di atti. Vediamo adesso, se il donatario può ripudiare quando la donazione contiene de'pesi espressi, accettandoli, che sono la condizione della donazione.

Qui metteremo da parte molti argomenti e molte autorità confuse da Furgole, perchè si applicano soltanto a delle donazioni, i cui pesi sono semplicemente naturali, mentre il nostro punto di veduta è unicamente quello de' pesi particolari, puramente convenzionali, che danno al contratto un certo colore di commercio, benchè racchiude una sorgente di utili pel donatario (1).

In simile caso pensiamo contro l' opinione di Furgole, che a nostro avviso non ha sufficientemente distinto in questa materia, che il donatario non può ripudiare senza il consenso del donante, e che gli articoli 1134 e 1184 del Codice Napoleone divengono qui di una rigorosa ed indispensabile applicazione.

La prima ragione si è, che la donazione fatta co' pesi in quistione, non è, a parlare propriamente, una donazione, come si può scorgerlo dalla l. 1. D., *De donat*. Ed in effetti è meno una donazione, che un contratto, la cui natura è di obbligare corrispettivamente entrambi le parti (2).

In secondo luogo il donatario non ha forse accettato i pesi imposti dal donante? La buona fede l' obbliga dunque di adempirli. Prima di accettare gli era libero di dare oppur no un consentimento, del quale doveva prevedere gli effetti; ma non sì tosto l'ha dato, non può liberarsene, che col consenso del donante (3). Tal'è il dritto comune, espresso dalla legge 5 del Cod. *De obblig. et act*, e dall'art. 1184 del Codice Napoleone (4).

La legge 3 del Codice *De cont. empt.* ne fa un' applicazione alla nostra specie. Paragona l'obbligazione del donatario, che accetta una donazione con pesi, a quella del donante; e come questi non può rivocare la donazione perfetta, non può il donatario per la stessa ragione dispensarsi dall'adempire le sue obbligazioni. Qual' era la specie? Tizio aveva fatto una donazione a Sempronio a condizione, che quest'ultimo lo nutrirebbe: *ut se alerel*. Gl'Imperatori Diocleziano e Massimiano decidono, che non avrebbe potuto mancare alla legge della donazione, la quale non poteva essere facilmente rescissa: *perfecta donatio, facile rescindi non potest*. Ed in effetti non potrebb'essere rescissa, perchè contiene de'vantaggi corrispettivi, giacchè da un lato il donante ha voluto assicurare il suo genere di vita, e sbarazzarsi dalle fatiche dell' amministrazione, e dall'altro il donatario à consentito ad un appalto per avere la cosa, ch' era a' suoi occhi di grau peso; e che perciò la volontà di una parte non può distruggere l'opera di entrambi (5).

Il Presidente Fabro dopo di avere ricordato tali principi, ne apioge così lontano il rigore pratico, che non esiata punto a pensare, che il donatario è tenuto di adempire il peso, anche quando i beni donati fossero periti, poichè *res perit domino*. I beni senza dubbio sono periti; ma sussiste il peso; questa è la regola

bilo di quella di donatario; laonde la semplice qualificazione di *atto*, data alla donazione, non basta da sè sola ad autorizzare la rinunzia del donatario: Che dopo l'accettazione il dominio della cosa donata si è trasmesso nel donatario, e che non può ritornare al donante senza il consenso del primo per l' identica ragione, « che niuno può per la sua semplice volontà trasferire a qualcuno un dritto ne' suoi beni, se la volontà di costui non concorre con la sua, ond' acquistarla, mercè una accettazione »: Che la liberalità non solo non implica l' obbligazione di prestarsi alle cattive passioni o ai capricci del beneficato, ma invece non tollera, che questi, mal corrispondendo all' atto amorevole, verso di lui esercitato e da lui stesso riconosciuto e proclamato, venga poi o per una sordida avarizia o per altro brutto vizio dell' anima a buttar sul volto del donante il beneficio ricevuto: Che in fine la donazione essendo stata una liberalità nel principio, tal rimarrà sempre, non ostante che il donatario non possa rivenire contro la propria accettazione, dapoichè l' atto di liberalità va definita dalla corrispettiva posizione del donante e del donatario nel momento della donazione, e che i pesi naturali di una donazione, tranne il pagamento de' debiti del donante, che riguarda solo la donazione universale, si riducono a delle obbligazioni morali, che sono il corrispettivo della liberalità del donante, delle quali obbligazioni morali è conseguenza la corrisponsione degli alimenti, che non solo è eventuale, ma un debito, piuttosto di dritto naturale, che di dritto civile. La donazione perderebbe dunque il carattere di beneficenza, sol perchè il donatario volesse sottrarsi al debito naturale, che ne deriva? No; quell'atto, di beneficenza non dismetterà il suo carattere primitivo, ma l' avarizia o l' egoismo del donatario saranno giustamente respinti. E difatti la negazione degli alimenti è un fatto d'ingratitudine, che autorizza la rivocazione della donazione, e questo fatto d' ingratitudine non potrebbe rivolgersi contro del donante.

Ciò per le donazioni pure; in quanto a quelle accompagnate da pesi o carichi espressi, la giurisprudenza dell' antico Foro napoletano affidava al prudente arbitrio del Giudice di moderarne l' eccesso, onde non contenesse la donazione una grave disuguaglianza contraria allo spirito di quell' atto (*Capocelatro Decis*. 18.ª) Però se il donatario ha accettato, non pare, che possa essere restituito contro la propria accettazione oltre i casi espressi dalla legge. Le parti hanno consentito, la convenzione è perfetta; le parole esprimono una donazione; le clausole del contratto e la mente de' contraenti inducono un contratto diverso. *Il traduttore.*

(1) Ciò dev'essere combinato con quello, che diciamo più basso ai 365, 366 e 367 sulla quistione, se il peso può sorpassare l'emolumento.

(2) Catellon, lib. 5, cap. 24.

(3) *Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis*, l. 25, C., *De pactis* — *Repudiamus delata, non acquisita*. (Cujacio, *Respons. Papin.*, lib. X, 1, 30. *De donat.*)

(4) V. il Presidente Fabro, *De erroribus pragmat.*, 45, 9, 1, e 45, 8, 24, 25.

(5) V. in seguito ai 365, 366 e 367.

Digitized by Google

in tutt' i contratti obbligatori da una parte e dall' altra: *ultro citroque obligatorii*. Supponete, che il donante nel donare la sua cosa abbia stipulato, che il donante gli pagherebbe una pensione annuale di una data somma. Se avviene, che i frutti divengono insufficienti, o che la cosa perda parte del suo valore, queste circostanze non dispenseranno dal pagamento della pensione. Il donatario deve imputare a sè stesso di avere portato a sì alto prezzo il valore della cosa; v' ha da parte sua un calcolo aleatorio, perocchè la pensione è solamente vitalizia, mentre la cosa gli rimane per sempre. Questi sono de'punti, che sono stati bilanciati e compensati con gl' inconvenienti di non valore; nè il pentimento è ammessibile, nè il donante deve soffrire per avvenimenti, che il dritto non pone a suo carico. Fabro legalizza questa dottrina con un arresto del Senato di Champery del mese di dicembre 1593 (1).

Aggiungiamo, che i patti scritti nella donazione a favore del donante racchiudono una causa finale della donazinne (2). I dottori sono unanimi su questo punto. Sì che come sarebbe possibile di ammettere, che il donatario possa da sè solo fare mancare l' una delle cause finali della liberalità?

70. Tal' è la nostra opinione su questa quistione, di cui si è molto ragionato, e forse anche sragionato. La riduciamo a sempliei termini. La donazione è pura, o, il che è la medesima cosa, è solamente accompagnata da pesi naturali e di dritto? Vi domina il carattere di liberalità, ed il donatario può ripudiarla. Per lo contrario à soggetta a de' pesi puramente convenzionali, che ne formano condizione? Bilaterale nella sua causa, non può essere unilaterale nell' esecuzione, onde il pentimento del donatario non vi à di alcuna considerazione (3).

71. Passiamo ad un altro punto non meno piccante dalla nostra definizione, cioè allo spogliarsi del donante. Siccome il donante preferisce il donatario a sè stesso, è di ogni necessità, che si spogli a suo favore.

Qui si presenta una importante osservazione: il nostro articolo si serve dalla parola *spogliarsi* invece delle parole *gli fa tradizione*, e la ragione si è, che nel sistema adottato dal Codice Napoleone, e spiegato dall' articolo 938, la donazione è perfetta col solo consenso delle parti; vale a dire, che il consenso basta per trasferire la proprietà al donatario dal giorno della convenzione, senzachè vi sia bisogno di alcuna tradizione. Il donante adempie di dritto all' obbligazione di spogliarsi, ch'è una legge della donaziona, per questo solo, che dichiara di donare con un solenne consenso. Da quest'istante la massima *donare e ritenere non vale* è applicabile; il donante è legato, nè può più rivenire sul suo fatto; la proprietà à passata sulla testa del donatario (art. 932).

È questa una grande innovazione, perocchè nel dritto antico la tradizione era una sollennità della donazione. Esporremo questo punto di dritto nel commentario dell'articolo 938(4), e discuteremo le ragioni, che ànno determinato il codice ad attribuire al consenso degli effetti traslativi, per lo innanzi ignoti in questa materia.

72. Non solamente la donazione spoglia il donante, ma lo spoglia pure attualmente, vale a dire, ch' è incompatibile con tutt'i mezzi indiretti mercè de'quali il donante dopo di avere donato, volessa rivenire sulla sua liberalità, disporre nuovamente della cosa, e menomare gli effetti del contratto con un tardivo pentimento. Il pentimento non è mai ammesso nella donazione, ond' è un vecchio adagio del nostro dritto « donare e ritenere non vale » (5). Non avviene nella donazione come nella semplice promessa, della quale i proverbi giudiziari dicono: *promettere e tenere sono due* (6). La donazione trasmette il dominio attualmente, ed il donatario non ha più da temere i capricci di una volontà ambulatoria (7); ed è questa una delle grandi differenze, che separano le donazioni ed i testamenti.

Tal' è dunque il significato della parola *attualmente* scritta nell' art. 894; ricorda esso la legge 1, D. *De Donat.* che diceva: ***Haec proprie donatio appellatur, cum dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri.*** ».

73. Però osserviamo bene a fine di non cadere in un grave errore, che quando l' articolo 894 ha adottato questo antico principio, non ha voluto definire la donaziona come insuscettibile di condizioni o di un termine, atto a differirne l'esecuzione; e ve ne sono parecchie ragioni.

La prima si è, che gli art. 900 e 944 (a) riconoscono, che la donazione può soggettarsi a delle condizioni. La legge 1 D. ***de Donat.*** l' aveva del pari dichiarato nella sua parte finale, e lo intiero titolo del Codice ***De donat, quae sub mod., vel cond., vel cert. temp. conficiuntur*** mette praticamente questa verità in tutta la sua luce.

La seconda ragione si è, che bisogna considerare due cose nella donazione: 1.° la disposizione, che lega irrevocabilmente; ***statim***

(1) *Codice*, 8, 37, *Def.* 3.
(2) *Codice*, 8, 37, *defin.* 5, nota 4, e *defin.* 1, nota 3.
(3) V. intorno a ciò Grenier, *luogo cit.* Duranton, t. VIII, n. 17. Saintespés-Lescot, t. 1, n. 21, e la precitata dissertazione del Sig. Ferry.
(4) N. 1140.

(5) Parigi 273. Orléans, 283. Champagne, art. 44. Loisel, 4, 4, 5.
(6) Loisel, 4, 4, 6.
(7) Parigi, 274.
(a) Questi due articoli sono stati esattamente riprodotti dagli articoli 816 ed 868 delle LL. CC.
Il traduttore.

Digitized by Google

ligat nec suspenditur; 2.° l'esecuzione, che può essere differita, senzachè la natura della disposizione ne sia scossa. Tal' è la celebre dottrina di Dumoulin, e questo principio si applica in tutta la sua energia alle donazioni a termine, dapoichè il tempo è semplicemente relativo all'esecuzione, nè impedisce, che la donazione sia perfetta, e che il donante non sia irrevocabilmente legato, anzi diremo spogliato, comecchè dal momento del contratto il donatario ha acquistato un' azione contra di lui, e ch'è di regola, che chi ha dato contro di lui un' azione per spogliarsi di una cosa, deve aversi come se ne sia di già spogliato (1).

La terza ragione si è, che le parole *si spoglia* attualmente non vogliono dire altra cosa nell' ordine delle idee, sotto del quale le consideriamo, se non che dal tempo della donazione il donante non è più padrone di pentirsi. E questa facoltà di pentirsi non l'ha più, o che l'obbligazione, che contrae, è pura e semplice, o ch'è condizionale, o soggetta ad un termine. Epperò sarebbe un errore il credere, che la detenzione della cosa da parte del donante pendente la condizione o il termine dell' esecuzione è una violazione della massima *donare e ritenere non vale*; il vero senso della quale si è, che il donante non può riserbarsi il dritto di disporre a suo grado della cosa donata, e che *donare e ritenere* è sol quando il donante ritiene la cosa donata contro il tenore della donazione, e non quando la ritiene in esecuzione della legge stessa della donazione (2).

La quarta ragione si è, che sotto di un certo aspetto prima dell' evento della condizione, non v' ha ancora donazione. Imperocchè tutto è sospeso, e dall'avveramento della condizione dipenderà, se vi sarà oppur no donazione. Ma quando la condizione si verifica, avviene come se la donazione fosse stata pura e semplice, e per un effetto retroattivo la cosa si ritiene appartenuta al donatario sin dal giorno dalla donazione. Laonde non v' ha ostacolo, perchè la donazione sia modificata da una condizione (3).

In riassunto il donante si spoglia attualmente, sia che doni sotto condizione, sia che la donazione venga differita da un termine, dapoichè non è più padrone di pentirsi, essendo tutto soggetto ad avvenimenti indipendenti dalla di lui volontà. Dall' istante del dono ha sufficientemente provato di voler abdicare i suoi dritti e preferire il donatario a sè stesso (4).

74. Da quanto abbiamo detto ne' due numeri precedenti, procede come necessaria conseguenza, ma da doversi nonpertanto indispensabilmente esprimere, che la donazione è irrevocabile: il che principalmente la distingue dal testamento. Tutto ciò, che ferisce questa irrevocabilità, è un vizio, che annulla le disposizioni tra vivi, privandole di uno de' loro principî essenziali, formolato nella massima: *donare e ritenere non vale*.

Nonpertanto non bisogna credere, che la legge voglia parlare d' una irrevocabilità assoluta, di sorta che la donazione non possa mai essere rivocata per qualunque causa si sia. L' irrevocabilità, di cui qui si tratta, è solo un freno contro il capriccio del donante, e basta, onde nel senso della legge la donazione sia irrevocabile, che il donante non abbia alcuna libertà di distruggerne o alterarne l' effetto.

Il perchè niente vieta, che si possa stipulare che la donazione non sarà valida o resterà ineseguita in certi casi, purchè questi casi siano precisati, e che non dipendano dalla volontà del donante. «Questa donazione in effetti, dice « Ricard, non è meno perfetta nella sua di« sposizione dall' istante della donazione, co« munque la condizione sia tuttavia pendente, « di maniera che non è più in libertà del do« nante di fare, che il dono sia oppur no vali« do ma ha la sua necessaria esistenza nel caso « de la condizione; il che basta per l' essenza « della donazione tra vivi, non desiderando la « legge altra cosa, se non che la rivocazione « non dipenda dalla volontà del donante (5). »

Queste riflessioni provano chiarissimamente, non essere contrario alla natura delle donazioni tra vivi, che siano rivocabili sotto una condizione casuale, ed indipendente dalla volontà del donante, percioccbè allora non rivoca il donante, ma la condizione.

Notate dippiù, che la donazione non sarebbe meno buona, perchè la condizione imposta al donatario dipendesse indirettamente dalla morte del donante, giacchè per giudicare della validità della donazione non è d' uopo fermarsi a ciò, che concerne l' esecuzione, ma solamente a ciò, che riguarda la disposizione. Così una donazione con ritenzione di usufrutto è valida, comunque l'esecuzione pel godimento de' frutti sia rimessa sin dopo la morte del donante (6): *Ubi enim donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio*. Così ancora pensiamo, che una donazione fatta a condizione di non aver effetto, che dopo la morte del donante, sarebbe non una donazione a causa di morte, ma una vera donazione tra vivi, irrevocabile per quel che concerne il donante, e trasmissiva nel donatario di un dritto positivo sin dal momento della donazione. Ed in vero non si potrebbe dirla una donazione a

(1) Pothier, *Donat.*, sez. 2, art. 2, § 1.
(2) Pothier, *luogo cit.* Dumoulin, *Comment. sulla consuet. di Blois*
(3) Repertorio di Merlin, v° *Donation.*
(4) Riom, 25 Febbraio 1825. (Dalloz, 27, 2, 12. Devill. 8, 2, 36). Cassazione 25 giugno 1839. (Deville, 39, 1, 545) Cassazione 11 Decembre 1844. (Deville, 45, 1, 97).
(5) *Donat.*, n. 1044.
(6) Ricard, n. 933 Furgole, *sull'ord.* del 1731, art. 15.

causa di morte, nè affermare che il donante si preferisca al donatario, perocchè il donante preferisce il donatario a sè stesso, in quantochè lo investe di un dritto positivo sopra i suoi beni, che s'interdice di alienare, e la sospensione riguarda solo l'esecuzione (1).

Gli stessi principi menano ad un'altra conseguenza; ed è, che si può bene a validissimamente stipularе in una donazione il dritto di riversione, nel caso, che il donatario venga a morire prima del donante (2). Tal è la disposizione della legge 2 Cod *de Donation. quae sub modo* e dell'art. 951 del Codice Napoleone. Perocchè mentre il carattere della donazione, è, che il donante preferisca il donatario a sè stesso, tal carattere si rinviene nella specie. Ma il donatario non è obbligato di continuare il suo beneficio agli eredi del donatario.

75. Diciamo ora in qual epoca la donazione acquista il suo carattere d'irrevocabilità.

Onde la donazione sia irrevocabile occorre il concorso delle parti contraenti, vale a dire la volontà di donare manifestata dal donante e la volontà di accettare manifestata dal donatario. Prima dell'accettazione non vi è donazione, ma un semplice progetto di donare, che non lega il donante (3), e ch'è rivocabile o sua volontà (4).

Tali sono i principi; ciononpertanto sono stati controvertiti, e si trova pure Dumoulin tra gli autori, che sostengono, che la donazione è irrevocabile anche prima di essere stata accettata; se non che esprimeva in una consultazione quest'opinione azzardata (5). Però l'articolo 932 del Codice Napoleone (a) ha formalmente proscritto un tal errore, che anche prima della sua promulgazione non aveva, che un debole credito (6).

76. Quando la donazione è stata fatta ad una persona presente ed accettante con un peso stipulato dal donante a favore di un terzo assente, può il donante rivocare questo peso? Altra volta potevasi forse discutere su questa quistione, ma ora l'art. 1121 del Codice Napoleone (b) non lo permette più, ed è certo, che il peso in favore dell'assente può essere rivocato.

La legge 3 Cod. *De donat. quae sub mod.* che si suole opporre, non è contraria, perciocchè secondo questa legge l'azione non si acquista dal terzo che *juxta donatoris voluntatem*, ma se il donante cambia di volontà, il dritto non è acquistato.

D'altronde il peso di donare ad un terzo assente, non è per costui una liberalità? Bisogna dunque, che l'accetti, e prima dell'accettazione è rivocabile come tutte le donazioni. Che importa l'accettazione del primo donatario? Egli accetta per lui e non per l'assente, della cui facoltà manca (7).

77. Del rimanente il consenso del donatario presente ed accettante è inutile per la rivocazione del peso. È vero, che alcuni autori, e particolarmente Ricard (8), hanno preteso, essere questo consenso necessario secondo la regola, che le cose si distruggono solo nella stessa maniera, come sono state fatte (9).

Ma che c'entra qui questa regola? La ragione chiaramente proclama, che la liberalità fatta all'assente non trae veruna forza dal donatario, cui essa è stata imposta come un peso. Quest'ultimo figura in quest'obbligazione solo per soffrirla; epperò è chiaro, che il suo stato passivo lo pone tuttaffatto fuori causa; la ragione dice chiaro che il contraente, che vuole rivocare il patto di liberalità, può farlo senza di lui, malgrado lui, perchè questi non vi ha interesse. La legge 36 D. *De pact.* ne contiene l'espressa decisione.

78. Dal principio come sopra stabilito, che la donazione accettata è irrevocabile, emergono più conseguenze:

La prima, che non si possono donare i beni futuri, perciocchè questa donazione pecca per lo difetto di spossessamento e per quello d'irrevocabilità; e difatti non può il donante spogliarsi di quello, che non ha ancora: e siccome è in libertà del donante di acquistare oppur no de' beni, sarebbe pure in sua libertà di dar effetto oppur no alla donazione (10); il che è impossibile.

La seconda, che non si possono donare neanche i beni presenti sotto una condizione dipendente dalla volontà del donante, perciocchè questa donazione pecca pel difetto d'irrevocabilità (art. 944 del Codice Napoleone).

La terza, che non si può donare col peso di pagare i debiti, che il donante contrarrà per l'avvenire, comechè il donante ha la liber-

(1) Merlin, Repert., v° *Donatione* p. 72.

(2) Appresso n. 1261.

(3) L. 55, D., *de obblig. et act.* Grozio insegna benissimo, che la semplice promessa non accettata non produce verun effetto, perocchè quando si offre una cosa propria ad alcuno non si vuole nè fargliela prendere per forza, nè abbandonarla da quel momento. (*De jure pacis et belli*, 2, 11, 14).

(4) Furgole, *Test.*, t. 4, pag. 277, cap. 11, sez. 1, n. 15, e soprattutto *Quest. sulle donat.*, q. 15.

(5) Consiglio 60, n. 14.

(a) Questo articolo corrisponde esattamente all'art. 56 delle LL. CC. *Il traduttore.*

(6) V. Coquille, *sul Nivernese*, cap. 27. *Delle donazioni*. Ferrières, sopra Parigi, art. 275.

(b) Quest'articolo è simile del tutto all'art. 1075 delle LL. CC.

Il traduttore.

(7) Si può vedere la quistione 3 di Furgole con tutte le autorità. V. ancora Ricard n. 873.

(8) N. 873.

(9) L. 35, D., *De reg. juris*.

(10) Art. 943, Codice Napoleone. V. il comm. di quest'articolo n° 1193 e seguenti.

Digitized by Google

tà di contrarne quanti ne vuole, e distruggere conseguentemente l'effetto della donazione, assorbendola co' debiti, che contrarrà (articolo 945 del Codice Napoleone).

La quarta, che se il donante avesse donato tutt'i beni presenti a qualcuno, riserbandosi però la facoltà di testare o di disporre di una certa somma, ove pure si fosse detto nell'atto, che la somma in mancanza di disposizione rimorrebbe compresa nella donazione, la donazione sarebbe nulla sino alla concorrenza di questa somma, perciocchè non sarebbe irrevocabile sino alla concorrenza di essa (art. 946 del Codice Napoleone). Del resto tutti questi punti ritorneranno più tardi, e non facciamo, che riassumerli, raggruppandoli, per mostrar meglio la potenza del principio, al quale si legano.

79. Ritorniamo ora alla definizione dell'articolo 894. Le parole *a favore* che racchiude, ci conducono a rilevare, essere la donazione un profitto, che il donante intende di fare al donatario. Questo motto, se fosse stato tralasciato, sarebbe stata un'omessione in una buona definizione della donazione. I Giureconsulti Romani si erano ben guardati dal passarlo sotto silenzio, e Giuliano fa molto bene rimarcare, che la donazione nasca dalla liberalità e dalla munificenza del donante. *Propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur* (1). Laonde il donatario interviene nel contratto sol per esservi gratificato, perchè la donazione a lui è, e dev'essere vantaggiosa (2), comechè in ogni donazione pura e semplice il donante agisce con fini disinteressati. Per la qual ragione pocanzi abbiamo veduto, che nella donazione pura e semplice il donatario è ammesso a ripudiare la donazione, quando gli è onerosa.

Segue da ciò, che la donazione, che contiene de' pesi espressi e delle obbligazioni speciali, imposte al donatario come una specie di corrispettivo della liberalità, non sono della donazioni propriamente dette, come più sopra l'abbiamo osservato (3), ma giusta i testi positivi del dritto romano partecipano del carattere di contratti onerosi; e sono contratti di un genere particolare, il cui nome non è definito, e che vengono indicati con la formola *da ut des, facio ut facias* Abbiamo già veduto nel n. 69 come queste specie di donazioni *sub modo* vanno a risultamenti diversi della donazione. Aggiungiamo qui, che appartenendo alla classe degli atti, di cui parlo l'art. 1106 del Codice Napoleone, non sono soggetti al retratto successorio, di cui parla l'art. 747 dello stesso Codice, che solo si riferisce alle donazioni propriamente dette. Il che è stato giudicato dalla Corte di Nancy con arresto de' 31 di gennaro 1833 (4) e dalla Corte di Parigi (prima Camera) sotto la mia presidenza con arresto de' 20 di dicembre 1850 (5).

80. Un'altra conseguenza della nostra regola si è, che anche quando una donazione fosse mescolata ad un'altra disposizione nella quale occupasse un posto secondario, l'atto non sarebbe perciò una donazione, ma dovrebb'essere definito dal suo carattere dominante.

Ciò che la Corte di Parigi, prima Camera, ha giudicato con un arresto de' 20 dicembre 1850, che ha menato molto rumore.

La signora Recamier volendo vendicare Beniamino Constant dal rimprovero d'insensibilità e di egoismo diretto alla sua memoria in degli scritti contemporanei, ebbe l'idea di fare pubblicare una corrispondenza confidenziale, nella quale questo celebre uomo le esprimeva i sentimenti di un cuore tenero ed amante. Incaricò di questo officio la signora Luisa Collet, nota nel mondo letterario per talune opere interessanti. Questa pubblicazione non dovev'aver luogo, che dopo la morte della signora Ricamier. E per porre la sig. Luisa Collet in istato di adempiere le sue intenzioni, la signora Recamier gli diè uno scritto contenente la sua volontà, e ch'esprimeva nel tempo stesso di donarle una copia del manoscritto delle lettere da pubblicarsi. Che cosa era questa dazione? Una donazione? Un dono manuale? Nè l'uno, nè l'altro. Da un lato non si poteva qualificare donazione un atto, che veniva inspirato non da un pensiero di liberalità per la signora Collet, ma da una pietosa memoria per Beniamino Constant. Dall'altro non era seria cosa il vedere una donazione manuale in una consegna, della quale vi era un atto scritto.

La corte qualificò la disposizione come mandato, ed in effetti altro non era, che un mandato dato dalla signora Recamier allo signora Luisa Collet per essere eseguito dopo la morte del mandante (6).

81. Infine l'art. 894 termina parlando dell'accettazione del donatario come elemento della donazione.

Senza di quest'ultima frase, la definizione della donazione non sarebbe stata completa. E per vero non v'ha donazione perfetta, che quando è stata accettata, pirocchè è di massima, che una cosa non può entrare ne' beni di un individuo senza la sua volontà ed il suo consenso: « *Non potest liberalitas nolenti acquiri* (7).

(1) L. 1, D., *De donat.*
(2) *Sopra*, n° 64 e seguenti.
(3) N. 69.
(4) Dalloz, 34, 2, 172. Deville, 34, 2, 603.
(5) Inedito (Coniugi Rossignol contro Lebercher.)
(6) Il mio Comment. *Del Mandato*, n° 468 e 128.
(7) L. 19, § 2, D., *De donat.*

Digitized by Google

Parleremo con maggiore dettaglio dell' accettazione, quando saremo pervenuti dall' articolo 933 del Codice Napoleone.

Ora si può concepire una giusta idea della donazione. Ne abbiamo riunito tutt' i caratteri distintivi, i quali appariranno più evidenti nel paragone con quelli del testamento, di cui ci occuperemo nell' art. 895.

ARTICOLO 895 — (815).

Il testamento è un atto col quale il testatore dispone pel tempo, in cui non esisterà più, di tutti o di parte de' suoi beni, e che può rivocare (a).

SOMMARIO

82. Definizione del testamento nel dritto romano.
83. Divisione della materia de' testamenti. — Il testamento non è, che una volontà ambulatoria durante la vita del testatore.
84. Errori e pregiudizi sulle difficoltà di fare un testamento valido. — Superstizione singolare.
85. Sobbene il testamento sia l'opera della volontà, non è pertanto al di sopra di certe leggi di ordine pubblico. — Transizione.

COMMENTARIO

82. Il Giureconsulto Modestino ha dato una definizione del testamento, ch' è restata celebre (1). « *Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* »

Questo frammento del dritto romano è rimarcabile per la precisione e l' energia, sì che ciascuna parola fa colpo pel senso profondo, che racchiude *Voluntatis* indica, che la volontà del testatore è il fondamento della disposizione testamentaria; *nostrae* ch' essa deve avere il suo principio nella mente libera del disponente; *justa* che dev' essere espressa con le formalità del dritto; *post mortem* che il testamento non ha effetto, che dopo la morte, di modochè sin là può essere rivocato; *de eo quod fieri velit*, che il testamento è perfetta per la volontà di un solo, e che per questo differisce dagli altri contratti. Sono questa tutte le idee madri del testamento (2). La stessa parola testamento, una delle più accoacie della lingua giuridica, contiene nelle sue etimalogie tutto quello, che la sua definizione racchiude: *Testamentum appellatur de eo quod testatio mentis sit* (3). È la più solenne e più grave testimonianza dell' intima volontà dell' uomo.

83. Il seguito di questo commentario farà passare sotto i nostri occhi i testi del codice Napoleone, che regolano queste idee. Vedremo ciò, che concerne le condizioni di capacità e di formalità richieste nel testamento; le diverse specie di testamenti; i caratteri della volontà; i suoi limiti in ciò, che concerne la latitudine delle liberalità; la sua realizzazione pe' legati; gli effetti del testamento durante la vita e dopo la morte del testatore. Tutti questi punti saranno la materia di questo importante commentario.

Attualmente ci limiteremo a rimarcare, che sempre quando le azioni del testamento non sono state falsate dall' errore o da' pregiudizi, si è veduto in esso un atto rivocabile, incapace di dare de' dritti all' erede durante la vita del testatore. Nonpertanto Cujacio c' insegna (4), che in un' epoca di profonda ignoranza eravi degli uomini semplici, che s' immaginavano poter l' erede spogliare il testatore, mentre viveva. Il perchè il Vescovo Salviano per rassicurarli ed avvertirli, loro raccomandava di inserire nel testamento la seguente clausola : « *Quandoque ego ex rebus humanis decessero tum ille mihi haeres esto* (5). » Crediamo che simili errori non siano da temersi presso di noi. Comunque in generale il dritto sia poco disseminato tra le popolazioni francesi, tutti sanno essere il testamento sprovveduto di effetto attuale; che non produce spossessamento a favore dell' erede, e ch' è solo una volontà ambulatoria durante la vita del testatore (6).

Ma ciò che più frequentemente s' incontra tra le persone più elevate per la lora condi-

(a) L' art. 813 delle Leggi civili è del tutto simile all' art. 895 del Cod. Napoleone.

Il traduttore.

(1) L. 1, D., *Qui testam. facere possunt.*

(2) Impronto questo commentario della definizione del testamento, da Duareno (sul t. del Digesto, *Qui testam. facere possunt* l. 1), da Doneau (sulla rubrica del Cod. Just., *De testamentis*) e da Hilliger su Doneau (comm, 6, 4, *nota* 3). Furgole, t. 1, cap. 2, n.i 1 e seguenti, li ha copiati senza dirlo.

(3) Instit., *De testam. ordin.*, ed Ulpiano, *Fragmenti*, t. XX.

(4) Sul Digesto, *Qui test facere possunt*, ad leg. 1 e 3 (edit. di Napoli t. 1, p. 1140).

(5) Lib. 3, *Ad ecclesiam Carthag.*

(6) *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.* Ulpiano, l. 4, D., *De adim. leg.*

Digitized by Google

zione è l'opinione, che niente è più difficile a farsi di un testamento valido, e che quest' atto è un arcano, di cui soli alcuni iniziati ne hanno il segreto; ed ancora questa singolare superstizione, che si reca male a sè stesso, facendo il proprio testamento, mentre si è sano. Per lo che molti differiscono di giorno in giorno quest'atto di prudenza, e la morte viene a sorprenderli senza che vi siano preparati; d'onde poi tanti pensi disinganni e rammarichi, che turbano gli estremi momenti. Gli uomini saggi dovrebbero sempre prendere le loro precauzioni anticipatamente, e profittare dei giorni di libertà e di sanità, che la Provvidenza loro ha dato. Il testamento è il più facile degli atti (1); la forma olografa lo mette a disposizione di quasi tutti, e lo rende attuabile in ogni istante. Si che non si ha scusa, quando avendo delle liberalità da fare e delle testimonianze di affetto da rendere, si retrocede per de'vani spaventi innanzi l'adempimento di questo sacro dovere.

85. Dicevamo ora ora essere il testamento l' opera della volontà: *dicat testator et erit lex*. Così parlava la legge delle dodici tavole, che consagrava questa sovranità individuale (2). Nonpertanto il testamento non è al di sopra di certe leggi di ordine pubblico, e come la donazione trova delle barriere, innanzi alle quali si arresta (3). Vedrem or ora quel, che concerne le riserve e le legittime. L'articolo seguente viene a parlarci delle sostituzioni, che tanto prevalsero nel dritto antico; nè la donazione nè il testemento potrebbero servire a perpetuare nel dritto moderno questo genere di disposizione, che ripugna in una certa misura allo spirito della nuova società. La legge nel prestare il suo concorso alla donazione ed al testamento, non permette, che questi atti valgano ad organizzare certi modi di trasmessione di beni, che sarebbero una causa di perturbazione nell' economia politica e privata. ✗

ARTICOLO 896 — (941, 942, 943).

Le sostituzioni sono proibite. Ogni disposizione, con la quale il donatario, l'erede istituito o il legatario sarà incaricato di conservare e di restituire ad un terzo, sarà nulla, anche relativamente al donatario, all'erede istituito ed al legatario.

Nondimeno i beni liberi, che costituiscono la dotazione di un titolo ereditario, che l'Imperatore avrà eretto in favore di un Principe o di un capo di famiglia, potranno essere trasmessi ereditariamente, come viene regolato dall' atto de' 30 di Marzo 1806, e da quello de' 14 Agosto seguente (a).

(1) Appresso n 1433.

(2) Gli autori hanno sovente paragonato il testatore ad un Re, che comanda. (Mantica, *De conject.* § III, 3, 9).

(3) Appresso ni 1431 e 1432.

(a) Nelle nostre Leggi civili non si legge in questo Capitolo delle *Disposizioni generali* il divieto delle sostituzioni, invece sono aggiunte al Capitolo V *delle disposizioni testamentarie* due nuove sezioni, la V e la VI, che trattano *Della sostituzione volgare e Delle sostituzioni fedecommessarie*. E per verità questa specie di disposizioni nell'ordinarie maniera di disporre non appartengano agli atti tra vivi, ma piuttosto a quelli di ultima volontà, comechè nella pratica mai o quasi mai vedesi ordinata una sostituzione in una donazione tra vivi, alla quale non può per certo appartenere la sostituzione volgare, ch'è incompatibile con la necessità dell' accettazione da parte del donatario, perchè sia perfetta la donazione. Sotto tale rapporto possono dunque ritenersi le prescrizioni relative a'fedecommessi come non esattamente riportate tra le Disposizioni generali comuni alle donazioni tra vivi ed a'testamenti, dapoichè quivi devono unicamente comprendersi le regole o i precetti comuni alle une ed alle altre disposizioni. Epperò pare a noi, che il nostro Codice ha seguito un ordine più esatto, avuto riguardo alla pratica più generale ed al necessario legame esistente tra la sostituzione volgare e la fedecommessaria, quando ha riportato nel capitolo delle *Disposizioni testamentarie* le regole relative alle sostituzioni ed ai fedecommessi. Imperciocchè risguardando esse la forma interna de' testamenti, ben andavano messe dopo le disposizioni relative alle *istituzioni di erede e de' legati in generale*, o precisamente dopo le regole relative all' *istituzione dell' erede e de' legati universali*, comechè l' ordine logico richiede, che dopo di essersi trattato dell' istituzione diretta, si tratti dell' obliqua o fedecommessaria.

Nonpertanto trattando l' illustre autore le materie delle sostituzioni in questo capitolo, esporremo anche noi le diversità delle nostre disposizioni, se non che ci limiteremo qui a riferire il testo degli articoli delle nostre leggi, ed esporremo in note nel corso del Capitolo o nella fine di esso le osservazioni, ch' emergono dalla differenza delle disposizioni.

Ciascuna delle due indicate Sezioni contiene cinque articoli:

Art. 936. — Può all'erede istituito al donatario o al legatario sostituirsi una terza persona nel caso, che alcuno di essi non conseguisse la eredità la donazione o il legato. Questa disposizione vien detta *sostituzione volgare*.

937. Possono sostituirsi nel modo indicato più persone ad una sola, ed una sola a più.

938. Se nella sostituzione è espresso il solo caso, che il primo chiamato non possa o non voglia conseguire la eredità, la donazione o il legato, l' altro caso s'intenderà tacitamente incluso; purchè il disponente non abbia spiegato il contrario.

939. I sostituiti dovranno adempire i pesi imposti a coloro, a' quali sono sostituiti; purchè non apparisca la volontà del testatore di aver inteso limitare que' pesi alla persona de' primi.

Nondimeno le condizioni prescritte alla istituzione, alla donazione o al legato, non si presumeranno ripetute nella sostituzione, se non quando ciò sia stato espressamente dichiarato.

940. Se tra più coeredi, donatari o legatari a parti disuguali, sarà ordinata una sostituzione volgare reciproca, la proporzione fissata nella quota della prima disposizione si presumerà ripetuta anche nella sostituzione. Se poi nella sostituzione insieme co' primi nomi,

Digitized by Google

SOMMARIO

neti è chiamate qualonque altra persona, le parte vaconto apparterrà a tutt' i sostituiti egualmente.

941. Qualunqne disposiziona, colla quale il donatario, l' orede istituito o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terze persona, sarà dotta *sostituzione fedecommessaria*.

942. Tali sostituzioni sono vietate, eccetto ne' casi esprossomente permessi dalla loggo, e salve le disposizioni riguardanti le istituzione de' majoreschi contenute nella seguente seziona.

943. La nullità della sostituziono fedecommessarie non recherà alenn pregiudizio alla velidità della donazione della instituzione o del legato, cui sta aggiunta; restando caducate tutte lo sostituzioni, encho di primo grado.

944. Non sarà considerate come sostituzionc, e sarà velida le disposizione tra vivi o di ultima volontà, colla quale sarà doto ad uno l' osufrutto e ed un altro le nuda proprietà.

945 Il podre, le medre, gli altri ascendenti, gli zii, lo zie, i fratelli e le sorelle possono sostituire ad un minore di anni diciotto, nel caso, che questi muoje senza figli prime di compiore gli enni diciotto, una terza persona, ma in quo' soli beni, ne' quali sie stato il minore lasciato erede.

Dritto romano. Contenendo il commentario del dotto autoro l' esposizione del dritto romano sulla origine le definizione e l' uso de' fedecommessi esporremo in une nota in fino del Capitolo qoalche altra notizia relative a cosiffatte disposizioni, così generali presso di noi, a che tante materia fornivono alle discettazioni del Foro.

Il traduttore.

124. *Quid* di quest'altra disposizione. « Istituisco Sempronio, ed in qualunque tempo egli morrà, gli sostituisco Cajo? »
125. Nel caso, in cui v'ha dubbio per sapere se la sostituzione è diretta o fedecommessaria, la sostituzione dev'essere presunta diretta.
126. Se la disposizione si presenta sotto l'aspetto d'una sostituzione, e che in effetti non contenga altro, che un dritto di accrescimento, bisogna seguire l'intenzione reale del disponente. — Esempio.
127. Evvi sostituzione nel caso, in cui il testatore ha istituito una persona come legataria de' suoi beni, ed ha soggiunto, che in morte di questa persona, il prezzo ne dovrà essere restituito a' suoi tre figli.
128. Non v'ha sostituzione fedecommessaria nel caso, in cui più individui comproprietari di un immobile, convengono di possederlo in comune o anche per diviso con la clausola, che la parte de' premorienti si accrescerà a' sopravviventi, cosicchè il sopravvivente fra tutti dovrà riunire sulla sua testa la totalità.
129. *Quid* della sostituzione fedecommessaria *de eo quod supererit*? — Come questa sostituzione fu considerata nel dritto romano prima e dopo le novelle di Giustiniano?
130. Quale sarebbe al dì d'oggi la sorte di una simile disposizione?
131. Confutazione dell'opinione del Sig. Rolland de Villargues, che ritiene come nullo il peso di restituire imposto da questa disposizione.
132. Motivi, che debbono farla considerare come valida.
133. Molti legati successivi dello stesso usufrutto non costituiscono una sostituzione proibita, a meno che non servono a mascherare una sostituzione, che grava la proprietà medesima. — Difficoltà di conoscere una sostituzione in più legati successivi dell'usufrutto.
134. Esame della quistione relativamente alle rendite vitalizie.
135. La proibizione di alienare imposta dal testatore costituisce una sostituzione?
136. *Quid* nel caso, in cui il testatore avesse detto: « Dono il fondo Corneliano a Cajo con divieto di alienarlo a qualsivoglia titolo, e se l'aliena pagherà « 600 franchi a' miei eredi legittimi? »
137. La proibizione di testare non costituisce un fedecommesso.
138. Specie, nella quale un legato di liberazione era attaccato innanzi la Corte di Nancy come contenente una sostituzione proibita
139. Caratteri del legato di liberazione.
140. Quali sono gli effetti di un legato di liberazione.
141. Applicazione de' principi alla specie proposta.
142. Esame della quistione (in proposito della stessa specie), se *pendente conditione* l'erede può esigere la somma, la cui liberazione è stata legata al debitore sotto condizione. — Contrarietà di decisioni delle leggi romane su questo punto.
143. Sottili distinzioni fatte da Cujacio per mettere i testi di accordo.
144. Bisogna decidere, che in tesi generale il legatario di liberazione non può essere costretto a pagare prima dell'evento della condizione.
145. È anche dubbio sotto il punto di veduta dell'intenzione del testatore, che possa essere obbligato a pagare gl'interessi. — Applicazione di questi principi alla specie proposta in quel, che riguarda l'erede.
146. Applicazione in quel che riguarda il legatario.
147. Effetto retroattivo della condizione nella specie.
148. Vi era peso di conservare nel proposto legato di liberazione?
149. Vi era peso di restituire?
150. In realtà il legato riusciva a qualche cosa di negativo, incompatibile con la idea di un peso di restituire.
151. L'emolumento, che ritirava l'erede, era un credito non esigibile; l'emolumento, che ritirava il legatario, era una dispensa di restituire. — Non vi era identità nell'oggetto trasmesso.
152. Testo dell'arresto reso in questa specie dalla Corte di Nancy il 18 di Marzo 1833.
153. Osservazioni critiche del Sig. Bayle-Mouillard sul rigetto del ricorso prodotto contro di questo arresto. Confutazione.
154. Della facoltà di scegliere nelle sue analogie con la sostituzione vietata. — Restrizione della facoltà di scegliere nel dritto romano. — Come si esercitava sotto l'ordinanza del 1735. — La facoltà di scegliere non è proibita dal Codice. — Specie, nella quale la facoltà di scegliere, essendo legata ad una sostituzione vietata, fu nonpertanto dichiarata nulla.
155. Rinvio della quistione sulla validità della clausola di associazione in un'instituzione contrattuale.
156. Comunque la sostituzione non sia letterale, la disposizione dev'essere nondimeno annullata, se contiene il peso di conservare e di restituire. — Regola della consuetudine di Auvergne a tal riguardo.
157. La clausola, con la quale ho legato a Tizio la mia tenuta per l'epoca della morte del mio erede, costituisce una sostituzione vietata.
158. È lo stesso del testamento di un marito, che avesse istituita sua moglie nel caso, in cui i loro figli le premorissero.
159. È lo stesso ancora della clausola, per la quale lego a Paolo, se i miei figli muojono in minore età.
160. E della seguente disposizione: « Dono a mia so« rella Apollina Giorgio ?/20 della mia successione, « e se muore senza figli, gli 8/20 apparterranno a « mia nipote. »
161. Vi è del pari sostituzione, quando la condizione risolutoria è stata adoprata per dissimulare una sostituzione sotto forma di legato condizionale. - Esempio.
162. Rinvio all'art. 951 della quistione del dritto di riversione adoprato per mascherare una sostituzione.
163. Gli esempi di sostituzione divengono nella pratica semprepiù rari.
164. Nel timore di allontanarsi dalla volontà del testatore col mantenere in una sostituzione una disposizione in pregiudizio dell'altra, il Codice dichiara nulla la sostituzione per intiero.
165. Se la sostituzione riguardasse sola una parte dei beni donati, la nullità non si estenderebbe a' beni non sostituiti. — Conseguenza nel caso, in cui si è sostituito solo per una metà.
166. È lo stesso, se si è sostituito pel solo usufrutto o per la sola nuda proprietà.
167. Bisogna sempre distinguere con cura, se la disposizione impugnata è una vera sostituzione, o semplicemente una disposizione contraria alle leggi. — Importanza di questa distinzione. — Applicazione al caso di una riversione stipulata per sè e pe' suoi eredi.
168. Dell'eccezioni dell'abolizione della sostituzione.
169. Eccezione nel caso di maggiorato — Pensiero di Napoleone I° nel costituire una nobiltà imperiale.
170. Modificazioni apportate alla latitudine de' maggiorati dalla legge de' 12 di Maggio 1835.
171. Eccezione al divieto delle sostituzioni creata con la legge de' 17 di Maggio 1826. — Scopo politico di questa legge. — Abrogazione pronunziata dalla legge de' 7 di Maggio 1849.

COMENTARIO

86. Il Codice Napoleone vieta le sostituzioni. Era già una delle grandi difficoltà del dritto francese questa immensa materia delle sostituzioni, sviluppata eccessivamente sotto l'in-

Digitized by Google

fluenza del principio feudale, conservata dalla vanità domestica, ed ingombrata di tutte le spine della scienza scolastica (1). Pensiamo, che non sia più necessario di discutere al dì d'oggi in presenza del movimento democratico della nostra società (2), se l'abolizione delle sostituzioni pronunziata dalla legge dei 25 ottobre — 14 novembre 1792, e confermata dall'articolo 896 del Codice Napoleone, sia stata un beneficio per la Francia. Codesta quistione non divide più le menti. La abolizione delle sostituzioni ha potuto sembrare un colpo ardito alla generazione, che non ne aveva fatta la pruova, ma l'esperienza di un mezzo secolo ha dimostrato nell'epoca attuale gl'immensi vantaggi di un regime di libertà, che lascia alla proprietà il suo legittimo movimento, che ne fa un pegno effettivo di credito, ed un patrimonio assicurato ad ogni membro della famiglia. Le sostituzioni erano un enorme ostacolo allo sviluppamento della ricchezza pubblica. Avevano indubitatamente un certo vantaggio di conservazione, ma preferivano una sterile immobilità al movimento fecondo, che da la vita agl'interessi economici. Favorivano qualche famiglia, ma nuocevano al bene generale. Conservavano i beni, ma non conservavano il credito, la buona fede, la sicurezza, e l'attività negli affari. Pretendevano d'impedire, che i terreni sostituiti non si perdessero nelle altrui mani, ma non impedivano a' proprietari di quelli di perdersi per debiti, di perdersi per onore col non pagarli. Voltaire racconta, che un cappellajo presentando la sua memoria ad un Duca e Pari per essere soddisfatto del genere fornitogli, questi gli disse: «E che, amico mio, non avete voi nulla ricevuto sulla vostra partita? » — Domando perdono, Monsignore, ho ricevuto uno schiaffo « dal vostro signor Intendente » (3). Questa è una facezia, e quindi un'esagerazione. Ma è però troppo vero, che i grandi signori di quel tempo facevano de' debiti e non li pagavano in grazia del regime delle sostituzioni, e che per mezzo di un fallimento mascherato sostenevano, come allora dicevasi, il lustro della loro casa. « Un gran Signore, diceva Montesquieu, è un uomo, che vede il Re, che parla « co'ministri, che ha degli antenati, *de'debiti*, « e delle pensioni (4)». Or questo gran Signore aveva pure delle sostituzioni nella sua casa, e per esse i suoi debiti rimanevano sempre, sovente si aumentavano, e mai si pagavano. In una parola le sostituzioni toglievano alla circolazione de' valori considerevoli; tenevano il suolo in un'inerzia fatale; sottraevano al credito un pegno immobiliare de' più importanti. Non potrebbe dirsi sino a qual punto la proprietà ha guadagnato nell'essere alleggerita di questa oppressione, quanti benefizi ne ha ricavato l'agricoltura, come il commercio vi ha trovato il suo conto. — Epperò non credo, che l'autore dello *Spirito delle leggi* abbia mostrato le cose sotto tutti i loro aspetti quando ha detto, « che le sostituzioni sono utili nel « governo monarchico, benchè non convenghino negli altri; che sebbene molestano il « commercio, sono degl'inconvenienti particola- « ri alla nobiltà, che scompariscono dinanzi la « utilità generale, che procurano » (5). Quale aforismo non ammetto che con talune precauzioni. Montesquieu aveva sotto gli occhi la monarchia dell'antico regime, e nelle combinazioni di questo governo attinge la sua proposizione. Guardandovi più da vicino, avrebbe potuto vedere, che il falso splendore delle fortune sostituite non davano al trono il loro sostegno, nè alla nobiltà la forza più reale. E qual è mai l'interesse essenziale della Monarchia a stabilire la propria base su grandi domini posseduti da un piccolo numero di proprietari, anzichè su'piccioli domini posseduti da un gran numero di proprietari? Forse questa non è più forte di quella? Non circola forse nel suo seno più movimento, più lavoro, maggiore produzione e ricchezza? Forse quest'attività laboriosa, conseguenza della libertà del capitale, non è eminentemente favorevole al lusso, che così bene si combina con la forma monarchica? Forse una organizzazione della proprietà così concepita da metterla di accordo col fedele adempimento delle obbligazioni civili e commerciali, non torna a favore de'pubblici costumi, e dell'onore nazionale, che sono una necessità degli Stati monarchici? Montesquieu pel primo ha fatto rilevare tuttociò, che ha di vantaggioso pel Principe la circolazione della ricchezza e la progressione della rendita per mezzo del cambio e dell'industria; ed è stato egli, che ha detto: «Onde un Principe sia potente, è d'uopo « che i suoi sudditi nuotino nelle delizie» (6). E queste delizie del lusso non sono state mai maggiori del tempo, in cui la monarchia ha veduto il commercio, l'industria, la proprietà sbarazzata dalle pastoie delle sostituzioni. In quanto a me amerei piuttosto di dire, che se le sostituzioni hanno dell'utilità, questa loro parte buona si mostra piuttosto nelle aristocrazie che nelle monarchie.

(1) Non v'ha nulla di più astratto e di più sottile in tutto il dritto, diceva d'Aguesseau allora Avvocato generale, che le quistioni, che riguardano le sostituzioni. (37 *Aringa*, aff. del testam. dell'Abbate d'Orléans, t. 3, p. 306).

(2) Non ho bisogno di dire qui, che la democrazia, di cui parlo, è quella, che si ritiene nel senso buono, vale a dire nel senso di uno stato normale, regolare, ed esente da ogni corruzione demagogica. È ciò, che ho avuto cura di fare rimarcare ogni volta, che ho parlato della democrazia, onde non si creda, che divido su tal soggetto le false idee della scuola repubblicana francese.

(3) *Intrattenimenti filosofici*. De' tre governi.

(4) *Lettere persiane*, lett. 88.

(5) Lib. 5, cap. 9.

(6) Lettere persiane. Lett. 106, ch'è un piccolo capo d'opera.

stocrasie (1). Per lo contrario credo la Monarchia, quasichè come la democrazia, senza interesse nella quistione, e che le sostituzioni debbono esservi ammesse soltanto com' eccezioni limitatissime e con delle grandi restrizioni (2).

Del resto tutti coloro, che in altri tempi hanno scritto col più monarchico spirito, che si possa desiderare, non hanno divisa intorno a ciò l'opinione di Montesquieu. Coquille non voleva « che gli uomini si adoprassero tanto ad « eternizzare le loro case, che Iddio non lascia « pertanto di rovinare quanto i beni sono ma« lamente acquistati ». Vedeva de' grand' inconvenienti, che « la proprietà delle cose restasse « sempre incerta ed in sospeso, perciocchè co« lui, che ha un patrimonio soggetto a sostitu« zione, non è assoluto signore de' suoi beni. Infine lo colpiva pure l'interesse de' creditori e de' generi, e deplorava gl' inganni delle sostituzioni, « il verificarsi delle quali rendeva « l'eredità meretrice di colui, che si credeva « molto ricco » (3).

Lo stesso d' Aguesseau, malgrado il suo rispetto per le tradizioni, scriveva queste parole che mi piacciono più di quelle di Montesquieu? « La totale abrogazione di tutt' i fedecommessi « sarebbe forse, come voi lo pensate, la legge « migliore, e potrebbero esservi delle leggi « più semplici per conservare nelle grandi case « quanto occorre per mantenerne il lustro. « Senonchè temo, che per pervenirvi, special« mente nei paesi di dritto scritto, non sia d'uo« po di cominciare dal riformare le teste, e, « sarebbe dessa l'intrapresa di una testa, che « ha bisogno di riforma essa stessa. E per ve« rità è un gran malanno, che la vanità degli « uomini debba dominare sulle stesse leggi »(4).

Inoltre tutt' i libri scritti sulle sostituzioni sono piene della quistione, se de se sono utili o dannose, il che mostra, che questa quistione non era nuova, quando si elevò nel 1792. Più di un Giureconsulto della tempra di Alciato (5), e di Menochio (6) avevano dichiarato le sostituzioni odiose, imbarazzanti, proprie alla frode, *e non satis reipublicae expedientes*. Il Cardinale Mantica conta dodici ragioni per imprimere loro siffatto carattere ed un numero di dottori in appoggio così grande, che la lista n' è interminabile (7). Nonpertanto non divide il loro parere, e loro oppone dodici ragioni contrarie (8), sostenute da una falange di scrittori non meno formidabili (9). Noi lasceremo esaltare il favore dell' agnazione, ed esagerare l' importanza delle famiglie aristocratiche. Senza nulla detrarre all' utilità dei grandi nomi, ed aiutandoli in una certa misura a conservarsi, non è difficile di provare, che la vera base degli Stati è altrove, e che la politica del dritto comune è più largamente profittevole della politica del privilegio (10).

88. Checchè ne sia de' vantaggi o degl' inconvenienti delle sostituzioni, è certo che il Codice Napoleone, diroccando con un articolo di pochi righi un edifizio colossale, ha lasciato molte ardue quistioni da risolversi. Codeste quistioni hanno per lungo tempo occupata la giurisprudenza, ed esercitata la sagacità degl'interpreti. Cominciano ora ad esaurirsi, ma nonpertanto è necessario di esporre i principî della materia, e di mostrare con de' dettagli tanto precisi, quanto sarà possibile, ciocchè la legge ha vietato, ciocchè ha permesso, e quello, che resta in piedi tramezzo di questi numerosi avanzi.

89. Vi sono molte specie di sostituzioni:

La sostituzione volgare o diretta, che surroga qualcuno all' erede, nel caso, che quest' erede non voglia o non possa accettare. Di essa si occupa l'articolo 898 del Codice Napoleone.

La sostituzione fedecommessaria, che surroga un secondo erede all' erede instituito, e che opera questa sostituzione per la via obbliqua e pel ministero di quest'ultimo, incaricato di conservare e di restituire (11).

Nella sostituzione diretta il sostituito riceve direttamente dal testatore; riceve senza intermediario, giacchè colui, di cui prende il posto, non raccoglie. Al contrario nella sostituzione fedecommessaria, l'erede instituito riceve in prim'ordine, e trasmette in seguito all'erede fedecommessario, che prende il di lui posto.

90. Nel dritto romano la parola sostituzione s' applicava soltanto alla diretta, di sortechè quando si diceva: *sostituisco*, s' intendeva sempre della sostituzione volgare (12). Ma per abuso la parola sostituzione si estese a' fedecommessi (13). Avvenne pure nel dritto francese, che la parola sostituzione, presa isolatamente, s' intese nel senso di sostituzione

(1) E pertanto Montesquieu crede, che nelle aristocrazia non occorrono sostituzioni. Lib. 5, cap. 8.
(2) Più sotto n. 169.
(3) Sul Nivernese, cap. 33, art. 10.
(4) Lett. 360, 24 Giugno 1730, t. IX.
(5) Consiglio 72, n. 16.
(6) Consiglio 85, n. 39, e 150, n. 10.
(7) *De conject. ult. vol.*, lib. 7, t. 1, ni 2 a 13.
(8) N: 14 a 28.
(9) Fusario ha pure trattato la quistione del favore de' fedecommessi, (*quaest.* 290), li dichiara dannosi, ma con' setta limitazioni, che equivalgono alla distruzione della sua proposizione.
(10) Più basso n. 169.
(11) Fusario, *De substit.*, definisce così la sostituzione fedecommessaria: « *Et communiter definitur, per quam quis haereditatem, de manu haeredis, capit.* » Mantica la definisce diversamente, ma con non minore precisione. *De conject. ult. vol.* VII, 2, 2: « Fidei« commissum potest definiri, ut sit donatio quaedam, « verbis precariis, seu inflexis, non civilibus, a defun« cto relicta. »
(12) Doneau, *Comment.* VI, 23, 1. Peregrino, art. 34, n. 27, ed art. 18, n. 7. Furgole, t. III, p. 324, n. 33.
(13) Hilliger su Doneau, *loc. cit.*, n. 8.

Digitized by Google

fedecommessaria molto più frequentemente dell'altra.

Il Codice Napoleone ha adoprato questa parola in quest'ultimo significato, ed ha inteso parlare appunto delle sostituzioni fedecommessarie quando ha detto: *le sostituzioni sono abolite* (argom. dell'art. 898.)

91. Per trovare l' origine delle sostituzioni fedecommessarie bisogna risalire a'Romani (1). Sotto il regime repubblicano i fedecommessi non erano riconosciuti dalla legge civile; dipendevano esclusivamente dalla buona fede dell' erede, cui il testatore aveva confidato il suo ultimo pensiero a favore di una persona incapace (2). Imperciocchè i fedecommessi facevansi ordinariamente a profitto degli stranieri (3), o a favore degl'infelici proscritti (4), vittime delle discordie civili, o a profitto delle femmine, la cui capacità a ricevere era compressa dalla legge Voconia (5) (a). La coscienza pubblica attaccava a questi fedecommessi un legame obbligatorio, benchè la giustizia non ne riconoscesse la validità. « Il vostro amico morendo, diceva Cicerone, vi ha pregato di « dare la sua successione invece sua; ma non « ne ha nulla scritto, non ne ha parlato ad al« cuno. Voi che farete? Non esiterete a resti« tuirla. . . . . e sentite tutta la gagliardia « della legge naturale (6) ». Ma poichè avveniva, che de'depositari infedeli mancavano al voto del defunto (7), i testatori cercarono di premunirsi con de' solenni giuramenti (8), che nonpertanto non erano sempre una sufficiente garentia (9), e quando questo scandalo avveniva, il Pretore, schiavo della legge, era obbligato di dare la proprietà assoluta dell' eredità a colui, che aveva per esso l' istituzione assoluta di erede.

Augusto vendicò i testatori di questa perfidia (10), e volle mettere di accordo la legislazione col sentimento pubblico. Volle, che la legge fosse così onesta come la morale, sicchè rese i fedecommessi obbligatori. Giustiniano c' insegna, che questa misura fu trovata popolare: *quia populare erat* (11). D'altronde semplificava le forme delle ultime disposizioni, ed i fedecommessi presero d' allora tale sviluppamento, che bisognò stabilire un pretore speciale, incaricato di giudicare di questa materia (12).

I fedecommessi non facevansi in termini diretti e civili, ma erano concepiti in termini di preghiera. Si dirigevano agli eredi istituiti, allorchè vi era un testamento, agli eredi legittimi, quando non ve n' era. Niuna solennità presiedeva a queste disposizioni degne di favore, ed intieramente nate dal dritto naturale. Si sarebbe creduto di ferire l'equità, se si fosse mischiato il rigore del dritto civile a questa materia, nella quale si consultava soltanto la verità ed il rispetto della volontà dei moribondi (13).

Ma i fedecommessi semplicissimi nella loro origine, si complicarono molto nel prosieguo (14). L'erede interposto, che nel principio doveva rendere la cosa al fedecommessario,

(1) Ciocchè fa d'Aguesseau, 37 aringa, t. III, p. 307 (Test. dell'Abbate d'Orléans).

(2) Instit., *De fiduc. haered.*

(3) Cajo, 2, *Comm.* 284.

(4) Cicer., *Verr.*, 1, 47.

(5) Cicer., *De finibus*, 2, 17, 18.

(a) È mestieri di riconoscere, che i fedecommessi furono introdotti per frodare la disposizione della legge, e temperarne indirettamente il rigore relativamente a certe persone, che colpiva d' incapacità per motivi politici. « Quibus enim non poterant hereditatem vel le« gata relinquere, si relinquebant, fidei committebant « eorum, qui capere ex testamento poterant heredita« tem ». (*Inst. tit.* 23 § 1.) Essi divennero popolari, perchè erano sorretti dall' equità o da un sentimento di commiserazione per individui, che il rigore del dritto o la legge dello Stato condannava alla povertà in contradizione delle affezioni del moribondo, il quale tra'dolori dell' agonia gemeva pure all aspetto della miseria, che stava per colpire un suo caro.

Ebbene chi avrebbe detto, che questo mezzo così popolare, quasi' espediente così ben accolto nell'universale per fare partecipare alle fortune private chi n' era escluso, sarebbesi convertito in un mezzo di esclusione di tutti a prò di un solo? Chi avrebbe pensato, che il fedecommesso, introdotto per dare la proprietà a chi n'era per legge o per sentenza incapace, ed uguagliare la sua condizione a quella degli altri suoi congiunti o concittadini, dovesse servire a torre la proprietà a molti per darla ad un solo? Infine chi avrebbe preveduto, che il fedecommesso nato dalle affezioni di famiglia o di amistà contro l' obbietto politico, dovesse servire alla politica in disprezzo delle voci del sangue o de' suggerimenti del cuore?

Non v' ha esempio di usi, di fatti, di disposizioni, che siansi, come il fedecommesso, così discostati dalla propria origine sin a raggiungere un punto diametralmente opposto. Nati dalla pietà, furono pervertiti dalla vanità e dall' orgoglio, e così degenerati, si estesero di tanto, per quanto queste due passioni antisociali, sono nonpertanto comuni nella società.

Era già da gran tempo, che la società reclamava contro quest'abuso della proprietà, che rendendola inerte, la condannava a perire di una lenta consunzione. Il disfavore del pubblico per queste disposizioni trasfigurate uguagliava, anzi sorpassava il favore, che avevano incontrato nel loro nascere. La loro incompatibilità con le abitudini e co' bisogni sociali era divenuta evidente. Il legislatore la dichiarò; i fedecommessi nel senso, che generalmente si dava a questa parola, furono aboliti, e su' loro rottami è sorto quel gran numero di proprietari, che fan tanto valere la ricchezza territoriale, di tanto contribuiscono alle pubbliche prosperità, e così energicamente garentiscono le basi fondamentali della società dagli sconvolgimenti, cui sono andate soggette.

Il traduttore.

(6) *De finibus*, 2, 18.

(7) Cicer., *Verr*, *luogo cit.*, *De finibus*, *luogo cit.*

(8) Cicer., *Verr*, *luogo cit.*

(9) Cicer., *De finib.*, 2, 17.

(10) D'Aguesseau, *luogo cit.*, p. 308.

(11) Instit., *De fiduc. haered.*, § 1.

(12) *Ibid.*, Cajo, II, *comm.* 278. Suetonio, *Claud.* 23. D'Aguesseau, *luogo cit.*

(13) D'Aguesseau, *luogo cit.*

(14) V. il preambolo dell'ord. del 1747.

subitochè il testamento riceveva il suo effetto, fu autorizzato dall'uso a ritenerla pendente un dato tempo, ed anche a non restituirla prima della sua morte (1).

E progredendo anche più, si andò sino a chiamare non solamente più persone le une dopo le altre, ma ancora più gradi, ed una seguela di più generazioni. Si formò come un nuovo genere di successione arbitraria (2), nella quale la volontà dell'uomo prese il posto della legge, e rese certi beni trasmessibili da chiamato in chiamato, ed inalienabili nelle loro mani. Sotto Giustiniano l'abuso era stato portato al più alto grado, e benchè questa perpetua trasmessione de'beni ad una linea determinata ferisse la libertà di testare nella persona de' discendenti, era praticata in certe famiglie dalla volontà primordiale del capo, autore della sostituzione.

Giustiniano mostrò la sua avversione per le sostituzioni perpetue nella sua novella 159. Lo si vede profittare di un' ambiguità nel testamento di un defunto per ridurre una sostituzione perpetua a quattro gradi (3).

Quando la feudalità s' impadronì de' fedecommessi e li adattò alle sue istituzioni politiche, si usarono largamente i fedecommessi perpetui per continuare all'infinito la ricchezza della case. Sebbenchè da questo stato di cose nascevano grandi difficoltà e grandi discordie onde i nostri Re sentirono la necessità di limitarne la estensione. L'ordinanza d' Orleans e quella di Moulins emanarono delle disposizioni a tal oggetto (4). Infine l' Ordinanza del 1747 sulla sostituzione fissò l' ultimo stato della giurisprudenza, limitando ogni disposizione a due gradi, non contando la prima disposizione (5).

92. Ora spieghiamo il carattere delle sostituzioni fedecommessarie.

Vi sono due specie di fedecommessi; il fedecommesso universale ed il particolare(6)(a). Peregrino li definisce nel seguente modo: « Fidei « commissaria hereditas est successio in uni- « versum jus defuncti *per modum obliquum*; fi- « deicommissaria autem substituo est subroga- « tio in locum alterius, *obliquo modo facta.* » Già si conosce quello, che l'autore vuol dire con le parole *obliquo modo* (7). Alludono al giro, che la cosa deve fare prima di giungere al fedecommessario, imperciocchè invece di riceverla direttamente dal testatore, come nelle istituzioni, la riceve pel mezzo interposto del gravato, ch' è chiamato a riceverla prima di lui.

Ne risulta, essere il fedecommesso un peso della istituzione o del legato, e che rende la disposizione modale. Ed in effetti una disposizione è modale, quando il testatore vi appone un peso di fare o dare qualche cosa in considerazione della liberalità. e dopochè il legatario l' avrà ricevuta (8). Così la legge 17, §: fin., D., *De cond. et demonst.* dà il nome di modo al peso di restituire : « Quod si cui io « hoc legatum sit, ut ex eo partem alicui re- « stitueret. *sub modo legatum videtur.* »

93. Considerando il fedecommesso relativamente all' epoca della sua apertura, se ne distinguono tre specie : il fedecommesso puro, il fedecommesso a termine (*ex die*), il fedecommesso condizionale (9).

Il fedecommesso puro è quello che non è sospeso da veruna condizione (10). Per esempio: *Lego una tale cosa a Cajo, e lo incarico di restituirla a Sempronio.* L' effetto di questa disposizione si è, che dà un dritto nell' istante della morte del testatore. *Itaque si purum est legatum, ex die mortis dies ejus cedit* (11).

94. Sebbene la proprietà della cosa fedecommessata dimora sulla testa del gravato pel solo tempo necessario a trasmetterla al fedecommessario, il gravato non è perciò meno considerato come proprietario della cosa fedecommessata durante tal tempo ; per modo che se il chiamato non volesse o non potesse accettare, il gravato ne profitterebbe.

Così decide Marcello nel seguente frammento : « *Si quis Titio* duem legaverit, et roga- « verit, ut ea restituat Moevio, Moeviusque fue- « rit mortuus, Titii comodo cedit, non haeredis

(1) Si trovano nel Digesto degli esempi di fedecommessi, che non possono aprirsi, che alla morte del fiduciario. V. le leggi 75 § 1, D , ad *S. C. Trebell.*, l. 18, § 2, D., *De leg.*, 3. (*Pand.* di Pothier, Tom. II, *de leg.* p. 46 , n. 85).

(2) Preambolo dell'Ordinanza del 1747.

(3) Furgole sull'Ordinanza del 1747, art. 30.

(4) Il Parlamento di Tolosa fu uno de' più ostinati contro tali restrizioni (Furgole, *luogo cit.*).

(5) Art 30.

(6) Cajo, II ; *comm.* 259. Just., Instit., *De fiduc. haered.* § 8.

(a) Oltre il fedecommesso universale e particolare distinguevansi nell' antico dritto patrio quattordici altre specie di fedecommessi — 1.° Espresso o tacito — 2.° Puro o condizionale — 3.° Perpetuo temporale o *in diem* — 4.° Semplice ed assoluto — 5.° Controvenzionale — 6.° Reciproco — 7.° Graduale — 8.° Agnatizio — 9.° Familiare — 10.° Lineale — 11.° Conservatorio — 12.° Restitutorio — 13.° Fiduciario — 14.° Primogeniale.

L' egregio autore espone i fedecommessari puri, quelli a termine. I condizionali ed i reciproci; degli altri daremo una idea nella nota in fine di questo capitolo, ma questa semplice enunciazione basta per fare comprendere che cosa era la materia de' fedecommessi nell' antico Foro. *Il traduttore.*

(7) Sopra n 89.

(8) Furgole, cap. 7, sez. 3, n. 107. Pothier, *Pand.*, t. II, p 491.

(9) Fusario, *quaest.* 260.

(10) L. 79, D., *De cond. et demonst.* (Papin., 1, *Definit.*). Pothier, *Pand.*, t. II, p. 449, n. 6.

(11) L. 5, § 1, D., *Quando dies legat. ced.* (Pothier, *luogo cit.* t. II, p. 317).

Digitized by Google

« nisi duntaxat *ut ministrum* Titium elegit » (1). Ciò è così vero, che nell'antico dritto romano, il gravato restava erede anche dopo della restituzione dell'eredità; il perchè Nerone fu obbligato di promulgare il S. C. Trebelliano, affinchè tutte le azioni ereditarie, passando contra di colui, a cui l'eredità era stata restituita, il gravato non venisse richiesto de' debiti provvenienti da un'eredità, della quale era stato spogliato, e che non ripudiasse per timore di pesi rovinosi una successione, della quale non rimanevagli nulla (2).

Tuttavolta se la persona incaricata di restituire non fosse scelta, che come semplice procuratrice, come semplice ministro, avverrebbe altrimenti, come Marcello fa rilevarlo, perciocchè avrebbe nelle mani un deposito, ma non sarebb' erede. Ritorneremo su questa distinzione più basso.

95. Il fedecommesso è a termine, quando la restituzione è differita da un termine; ed in vero niente vieta, che si possa fissare un termine alla restituzione de' beni. Il sol effetto di questo termine è di differire la restituzione, ma il fedecommesso non è meno acquistato dal fedecommessario dal giorno dell'apertura dell'eredità. « Si vero post diem sunt legata relicta, « simili modo atque in puris cedit » Sono parole di Ulpiano (3). Paolo tiene lo stesso linguaggio nella legge 21 dello stesso titolo: — *Adiecta, quamvis longa sit, si certa sit dies, quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest* (4). Sono questi de' punti certi, che non sono stati mai contestati (5), perocchè basano su ciò, che la ragione ha di più esatto. Ciò non vuol dire, che prima della scadenza del termine il fedecommessario potrà dimandare il rilascio del fedecommesso, giacchè non ha diritto di dimandarlo, che alla scadenza: *ante diem peti non potest* (6), ed i frutti appartengono al gravato. Ma non è men vero, che il fedecommessario ha dritto acquisito sulla cosa.

96. Il fedecommesso condizionale è quello, ch' è sospeso da un avvenimento futuro, dal quale il testatore fa dipendere la disposizione: « Dono a Tizio, e lo incarico di restituire a « Sempronio, se una tal nave ritorna dall' A« sia. » In questo caso il peso di restituire è subordinato all'epoca incerta dell'arrivo della nave, ed il fedecommesso è aperto a favore del chiamato sol dal momento, che la condizione si è verificata. Ascoltiamo Ulpiano: *Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta* (7) ». Prima di verificarsi la condizione il fedecommessario ha solo una speranza di avere il fedecommesso; però questo non è ancor acquistato; a maggiore ragione non ha alcun dritto alla proprietà. Pendente la condizione, è evidente, che la proprietà coi frutti appartiene al primo istituito (8).

97. Non entreremo nel dettaglio di tutte le condizioni, delle quali i fedecommessi sono suscettibili. Ci contenteremo di rilevarne una di un carattere particolare e rimarchevolissimo; ed è il peso imposto al gravato di non restituire, che in tempo della sua morte « *quum morietur is, qui gravatus est* ». Questo era il peso, che imponevano coloro, che volevano stabilire un ordine successivo nelle loro famiglie. Per questo mezzo i beni si trasmettevano da chiamato in chiamato secondo le intenzioni manifestate dal defunto; ciascun gravato poteva goderne solamente durante la vita senz' avere il dritto di disporne nè a titolo gratuito nè a titolo oneroso.

98. Dalla distinzione, che abbiamo fatta, si può facilmente ricavare la pruova, che tutte le specie di fedecommesso non sono del pari proprie a formare questo nuovo genere di successione (9), della quale parla il preambolo dell' Ordinanza del 1747, e che ha sempre eccitato l'attenzione de' legislatori. Si può anche dire, che i soli fedecommessi, che hanno per condizione la morte del gravato, possono condurre a quella scompiglio permanente e sistematico della volontà della legge prodotto dalla volontà di un uomo. Relativamente agli altri fedecommessi condizionali, e con più forte ragione a' fedecommessi puri o a termine, si vede facilmente, che non presentano alcun mezzo di creare una linea successiva di più gradi, contraria all' ordine delle successioni legittime ed alla libertà di disporre tra vivi o a causa di morte.

99. Qui si presenta una notabile differenza tra il dritto romano e l'antico dritto francese.

In Roma i fedecommessi non nacquero dal desiderio di serbare i beni nelle famiglie; non fu *a priori* il desiderio di surrogare un ordine di successione arbitraria all'ordine di successione legale, ma bensì il bisogno di scambiare le forme austere de' testamenti e de' legati con un genere di disposizione semplice, e scevra d'irritanti formalità. Poco importava, che il testatore avesse oppur no voluto stabilire un ordine successivo, perocchè non era ciò, che caratterizzava il fedecom-

(1) L. 17, D., *De legat.*, 2.° V. ancora l. 88, § 6, D., *De legat.*, 3° (Scaevola), e l. 60, D., *De legat.*, 2° (Ulpiano). Pothier, *Pand.*, t. II, p. 356, n. 405.
(2) L. 1, § 2, D., ad *S. C. Trebell.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 550, n. 30. Heineccio, *Instit.*, t. III, p. 66.
(3) L. 5, § 1, D., *Quando dies legat.*
(4) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 327, n. 276. Si sa, che queste espressioni *diem cedere* significano essersi acquistato il dritto dal fedecommessario o legatario.
(5) V. Thévenot, n. 289.
(6) Paolo, l. 21, D., *Quando dies legat. ced.* (Pothier, Più basso sull'art. 1014).
(7) L. 5, § 2, D., *Quando dies legat. ced.* (Pothier, *Pand.*, t. II, p. 327, n. 274).
(8) L. 32, § 1, D., *De legat.*, 2°.
(9) Sopra n. 91.

messo mentre il segno distintivo di questo genere di disposiziona era l'essere commesso alla fede dell'istituito, il comminare *obliquo modo*, e non direttamente, ed il non arrivare al gratificato, che per l'interposizione di un individuo istituito prima di lui.

In Francia non era lo stesso. Le sostituzioni fedecommessarie erano state adottate unicamente per stabilire un particolar ordine di successione. Non si era voluto un più semplice modo di testare, una maggiore facilità di fare valere le ultime disposizioni. La semplicità del dritto francese, soprattutto ne' paesi di consuetudine, poteva disprezzare queste astuzie de l'equità per isfuggire all'asseverità del dritto scritto. Ma quel ch'era stato accettato con gran piacere, si era stata la possibilità di creare una successione fattizia con l'ajuto del fedecommessi nello scopo di perpetuare i beni nelle famiglie. Epperò in generale si praticavano le sole sostituzioni col peso di restituire in morte del gravato, perchè esse sole potevano condurre a questo risultamento.

100. Da questa prima differenza tra lo spirito del dritto romano e quello del dritto francese, risultava una seconda differenza nella soluzione di una quistione, che si presentava frequentemente.

Il peso di restituire in morte si presumeva forse di dritto, o doveva essere formalmente espresso? Per esempio, instituisco Sejo, e l'incarico di restituire a Sempronio.

La restituzione doveva seguire nel momento? o pel contrario in morte di Seio?

Nel dritto romano la regola era, che il fedecommesso si apriva sull'istante. « Si dies « adpositus legato non est, praesens debetur, « et confestim ad eum pertinet, cui datum « est (1). » Nondimanco si era facilissimo a sottintendere la condizione della morte del gravato per poco, che vi si prestassero le espressioni del legato. Il Digesto ne offre due rimarchevoli esempj nelle leggi 75 §. 1 ad S. C. Trebell. ed 8 §. 2. De leg. 3.° Ma quando la disposizione non comportava tacitamente questa condizione, il fedecommesso era puro e semplice, e si apriva sul momento (2).

Non avveniva altrettanto nel dritto francese. « Il gravato, dice Thevenot (3), si presume, « di essere stato incaricato di restituire solo « in tempo della sua morte a meno chè non vi « sia nella sostituzione qualche termine o qual« che circostanza, che indica il contrario. Tal'è « l'opinione del Foro di Parigi, alla quale mi « sono uniformato . . ., da che siegue, che « nell'uso nostro la condizione della morte « del gravato non ha bisogno di essere annun« ziata nè espressamente nè implicitamente, « perocchè il nostro uso abituale essendo di « non sostituire, se non per restituire in tem« po della morte del gravato, è giusto di cre« dere, che così ha inteso il sostituente, se « non risulta il contrario. Tal'è pure il parere di Berger su Ricard; quest'autore assicura, non conoscersi in Francia delle sostituzioni pure e semplici, che si aprono non appena il gravato abbia raccolto.

101. Questi principj così stabiliti ci conducono ad una conseguenza importante, ed è, che tutt'i fedecommessi de' Romani non sono de' le sostituzioni fedecommessarie nel senso, che si dava a questo parole nella nostra antica giurisprudenza. Presso de' Romani bastava, che vi fosse peso di donare, onde vi fosse fedecommesso, qual che si fosse d'altronde l'epoca, nella quale l'istituito fosse obbligato di dare al terzo chiamato. Ma in Francia si chiamava sostituzione fedecommessaria quella sola, che aveva per condizione il peso di restituire alla morte del gravato.

102. Dopo di avere conosciuto de' differenti caratteri de' fedecommessi e delle sostituzioni nel dritto romano e nel dritto francese, dobbiam ora esaminare quali caratteri deva presentare una disposizione per incontrare la proibizione dell'art. 896 del Codice Napoleone. Questo è il punto culminante delle difficoltà, che quest'articolo presenta.

L'art. 896 esige due condizioni, onde una disposizione sia annullata come sostituzione vietata; 1.° peso di conservare; 2.° peso di restituire ad un terzo.

Ma che vuol dire la legge con questa espressione indeterminata, peso di restituire? Restituire forse immediatamente? Restituire in un dato termine? Ovvero restituire soltanto in morte del gravato? Possiamo dire senza timore di contradizione, che il Codice non ha inteso di parlare, che del peso di restituire in morte del gravato, e ricaviamo siffatta interpretazione dal Codice stesso, dall'antica giurisprudenza, e da' motivi, che hanno fatto abolire le sostituzioni. Ed in vero il Codice Napoleone, che ha abolito l'uso delle sostituzioni, ha non pertanto permesso in una maniera formale il peso di donare o di restituire.

L'art. 1121 dice. « Si può del pari stipu« lare a favore di un terzo, quando tal'è la « condizione di una stipulazione, che si fa per « sè stesso, o d'una donazione, che si fa ad « altri. Colui, che fa questa stipulazione, non « può più rivocarla, se il terzo ha dichiarato « di volerne profittare ».

Posto dunque per effetto di quest'articolo dare a Paolo il fondo Semproniano col peso, che ne renderà la metà a Pietro. E questa disposi-

(1) L. 21, D., *Quando dies legat.*, e l. 1, D., *De condit. et demonst.*

(2) L. 41, § fin., D, *De legat.*, 3°, e Pothier, *Pand.*, t. II, p. 465, n. 84 e 85. Peregrino, p. 278, n. 3, p. 193.

(3) N. 920.

Digitized by Google

zione non è altra cosa, che un fedecommesso puro e semplice, quale più sopra l'abbiamo definito (1) (a). Bisogna dunque, che il Codice abbia riconosciuto una differenza tra certi fedecommessi e le sostituzioni, poichè ha permesso gli uni ed abolite le altre. E questa differenza ove sta, se non nella condizione di restituire in morte del gravato? condizione, che trovasi in tutte le sostituzioni francesi, che precisava il carattere di questa istituzione politica, che ne faceva una legge successoriale a parte, ed eccitava la vigilanza del legislatore del 1747. Epperò il signor Merlin ha detto con verità « che tutti i fedecommessi non sono « delle sostituzioni (2). E con altrettanta esattezza si può fare rimarcare, che il Codice Napoleone non dice i fedecommessi sono aboliti, ma le sostituzioni sono abolite. Per lo che conchiudiamo, che il Codice non ha inteso parlare, che delle sostituzioni, quali l' uso le praticava in Francia, tali quali erano state autorizzate dall' ordinanza del 1747, onde servire a delle vedute politiche, cioè con la condizione della morte del gravato come termine della restituzione al fedecommessario.

103. Ma ciò non è tutto: abbiamo veduto, che il Codice Napoleone autorizza formalmente nelle donazioni il peso di donare apposto ad una disposizione. Che se il donante può imporre un tal peso puramente e semplicemente a colui, che gratifica, niente vieta, che ne possa differire con un termine l'adempimento, o che lo sottoponga a qualche condizione o termine incerto, che lo tenga in sospeso.

Per esempio, dono a Paolo il fondo Corneliano, e lo incarico di darne la metà a Pietro tra dieci anni; ovvero dono a Paolo il fondo Corneliano, e lo incarico di darne la metà a Pietro, se una tale nave arriva dalle Indie.

Nel primo caso la disposizione non sarà sospesa, ma ne sarà solo differito il pagamento; nonpertanto Pietro avrà un dritto acquisito dal giorno, in cui la donazione o il testamento saranno messi ad esecuzione (3). Dippiù il peso non sarà meno puro. « *Parum est, quia non conditione sed mora suspenditur* », dice la l. 79 D., *De condit. et demonst.* Adunque malgrado l'apposizione del termine questa disposizione non ha cambiato di natura, ed il Codice Napoleone per conseguenza l'autorizza.

Nel secondo caso la disposizione sarà sospesa sino al momento, in cui la nave sarà giunta dalle Indie. Durante tal tempo la proprietà resiederà sulla testa di Paolo, e sarà incerto, se perverrà a Pietro, che vi avrà solo una semplice speranza (4). Paolo possederà e farà suoi i frutti. Ma se la condizione si verifica, dovrà restituire a Pietro l'oggetto libero da ogni peso, e quale l'ha ricevuto: di sorta che le cose saranno riportate allo stesso punto, come se la condizione non fosse mai esistita, e che la disposizione fosse stata pura e semplice. Il perchè è evidente, che niente vieta giusta lo spirito dello stesso Codice Napoleone, che il peso di donare o di restituire autorizzato dall'art. 1121, sia sottoposto od una condizione sospensiva (5).

104. Resta dunque provato, che certi fedecommessi a termine e sotto condizione non hanno ricevuto alcun divieto dall'art. 896 benchè questo medesimo articolo abroga le sostituzioni. E perchè? Perchè sebbene questi fedecommessi presentano il peso di conservare per un certo tempo e di restituire dopo di questo tempo, nondimeno non dipendono dalla condizione di restituire in morte del gravato; condizione di un genere affatto particolare, che ha per oggetto di turbare la trasmessione legale delle successioni intestate, e di regolare un nuovo ordine di successione. I fedecommessi, di cui parlismo, non sono altro cosa, che donazioni o legati col peso di dare ad un terzo. Circa i fidecommessi conosciuti in Francia col nome di sostituzione, il loro oggetto è più vasto, più importante, e tuttaffatto politico. Essi sostituiscono anticipatamente de'chiamati a de'chiamati, introducono come un nuovo genere di successione, in cui la volontà dell'uomo si mette in luogo di quella della legge (6), e colpiscono

(1) N. 93.

(a) Nonpertanto la disposizione succennata differisce di molto dal fedecommesso, se la sua legalità si ripete dal citato articolo 1121 del Codice Napoleone, corrispondente all' art. 1075 delle nostre leggi civili. E difatti quell' art. è unicamente relativo agli atti tra vivi, e richiede per l' efficacia dell' atto il concorso simultaneo della volontà del donante e del donatario, laddove ritenuta quella donazione nella forma di fedecommesso, l'accettazione del beneficato può anche aver luogo dopo la morte del disponente. Per la qual cosa morto il donante prima dell accettazione del donatorio o del terzo, la liberalità sarebbe inefficace o valida secondochè si definisce per un atto tra vivi autorizzato dall' articolo succitato o per un fedecommesso.

Inoltre se dono a Paolo il fondo Corneliano col peso di renderne la metà a Pietro, e Pietro non può o non vuole accettare la largizione, la metà sua apparterrà a Paolo, se la disposizione è un fedecommesso (Più sopra n. 94) ed al mio erede, s'è una donazione accompagnata da una condizione a favore di un terzo a' termini del citato art. 1121 del Codice Napoleone, o per parlare più propriamente nella specie proposta, se sono due distinte donazioni tra vivi, ciascuna per la metà del fondo Corneliano, a favore di Paolo e di Pietro.

Epperò pare a noi, che in una disposizione concepita ne' termini proposti non solo non si possa scambiare il fedecommesso con la stipulazione permessa del ripetuto articolo 1121 del Codice Napoleone, ma che importa moltissimo il definire per le conseguenze giuridiche dell' atto, se sia piuttosto l' uno che l'altra. E difatti il nostro autore giustamente opina (n. 118), che incontrandosi una disposizione, come quella, di cui parliamo, debba escludersi il fedecommesso, e ritenersi l'atto permesso dal più volte citato art. 1121 del Codice Napoleone.

Il traduttore

(2) Repertorio, v° *Instit. contract.*, p. 299. — Toullier, t. V, n. 28

(3) Supra n. 95.

(4) Sopra n. 96.

(5) Toullier, t. V, n. 34 e seg.; Grenier, t. I, n. 9 e 11.

(6) Preambolo dell'Ord. del 1747.

Digitized by Google

no i beni d'indisponibilità nelle mani di coloro, che li posseggono. Queste sono quelle, che il Codice ha creduto di dovere proscrivere. Le altre non avendo veruno di quest'inconvenienti, continuano a rimanere sotto la protezione della nuova legge, com' erano sotto la protezione della legge anteriore.

Ripetiamolo dunque: l'art. 896 non ha abrogato tutt'i fedecommessi; l'art. 1121 autorizza pure a fare de'fedecommessi con peso o condizione; infine il divieto è solo pe'fedecommessi, chiamati altre volte sostituzioni, e che sono soggetti alla condizione di conservare e di restituire in morte del gravato.

105. Se questa conclusione avesse bisogno di essere fortificata con altri argomenti, ne troveremmo uno nell'esposizione de'motivi dell'oratore del governo. « Era impossibile di conciliare con l'interesse generale della società « questa facoltà di stabilire un ordine di successione perpetua particolare a ciascuna famiglia, ed anche un ordine particolare a ciascuna proprietà, ch'era l'oggetto delle sostituzioni. Ciascun gravato non essendo, che « un semplice usufruttuario, aveva un interesse « contrario ad ogni miglioramento. Una grandissima massa di proprietà si trovava perpetuamente fuori commercio, ec. (1).

Bisogna dunque, che un fedecommesso presenti questi diversi inconvenienti per rimanere colpito dalla proibizione della legge. Imperocchè se ne fosse esente, non si potrebbe supporre di essere stato l'oggetto dell'avversione del legislatore (2). Ed è evidente, che i fedecommessi puri, i fedecommessi a termine, e la maggior parte de'fedecommessi condizionali non conducono a' risultamenti rilevati dall'oratore del governo.

Dono a Paolo col peso di restituire a Pietro subito dopo la mia morte. Ecco una donazione modale, o altrimenti detta un fedecommesso puro. Ma certamente non porta a veruna delle conseguenze gravi prevedute ne' motivi della legge. Niun ordine nuovo di successione; niuna incertezza nella proprietà. Epperò questa disposizione, nella quale si trova nonpertanto il peso di restituire, non è un fedecommesso vietato.

Dono a Paolo col peso di restituire a Pietro dieci anni dopo la mia morte. Le stesse riflessioni. Questo fedecommesso è puro, malgrado il termine, che ne differisce il pagamento. Non v'ha inversione nell'ordine legittimo delle successioni; non v'ha incertezza nella proprietà, dapoichè la cosa appartiene a Pietro dal momento della morte del disponente. La sola modificazione si è, che non può esigerne il pagamento, che dopo dieci anni. *Dies cedit, sed nondum venit.* Ora si potrà dirlo un fedecommesso vietato, perchè vi si trova il peso di conservare per dieci anni, e di restituire dopo tal termine? Niuno il penserebbe (3) (a).

Dono a Pietro col peso di restituire a Paolo, se la tal nave giunge dall'Africa. Ecco un fe-

(1) Fenet, t. XII, p. 516.

(2) V. la legge 162, D., *De reg. jur.*: « Quel che l'utilità pubblica à fatto introdurre, non è una regola pe' casi, in cui non si presentano gli stessi motivi ».

(3) Toullier, t. V, n. 31.

(a) È difficile di stabilire logicamente la ragione vera, per la quale di queste due disposizioni — « Dono a « Paolo col peso di restituire a Pietro dopo 30 anni « dalla mia morte

« E dono a Paolo col peso di restituire in tempo « della sua morte a Pietro » debba valere la prima come una disposizione modale, e debba rimanere annullata la seconda come una sostituzione fedecommessaria.

La morte di un individuo è un epoca come tutte le altre, e può quindi come ogni altra epoca servire di termine in una disposizione. Se nel primo caso la proprietà si acquista da Paolo immediatamente alla morte del disponente, e sol rimane differita la tradizione sino alla scadenza del termine apposto alla seconda donazione, perchè non deve dirsi lo stesso del secondo caso? V'ha un termine in tutte due le disposizioni; termine certo, che dovrà necessariamente verificarsi; senonchè è determinato nella prima, indeterminato nella seconda. Se nel primo caso non si verificano gl'inconvenienti delle sostituzioni fedecommessarie, che il legislatore ha voluto distruggere, non si verificano neanche nel secondo. E difatti non vi è nè nell'uno nè nell' altro quell'*ordine successivo e successoriale, creato dalla volontà dell'uomo per supplire quello della legge*. Nell' uno come nell' altro caso la proprietà acquistandosi da Pietro nella morte del disponente, Paolo non è, che usufruttuario del fondo donato, e solo varia il termine dell'usufrutto. Nè dalla durata di questo termine può trarsi alcun argomento a favore della prima disposizione, perciocchè lasciando stare, che questa durata non può produrre veruna conseguenza giuridica, può ben avvenire, che il godimento di Paolo sia più lungo nel primo che nel secondo caso, tra perchè il termine determinato di 10 o 30 anni può prolungarsi a piacere nell' atto della disposizione, e perchè Paolo può morire prima di un termine anche breve.

Ma se la morte di Paolo non è stata riguardata dal disponente come termine della tradizione a favore di Pietro, ma come il punto della necessaria trasmessione della sua proprietà, e si è voluto surrogar Pietro all'erede della legge o della sua libera volontà, allora indubitatamente la disposizione contiene una sostituzione vietata, la quale a nostro modo di vedere non sta nella indisponibilità dell' oggetto donato presso del donatario (che questa indisponibilità si verifica pure nel caso di una donazione di usufrutto o in ogni altra disposizione modale), ma bensì in questa indisponibilità come conseguenza della successione nella cosa donata, riserbata ad un determinato individuo, che non sarà l' erede legittimo o testamentario del donatario.

Epperò portiamo avviso, che queste due circostanze debbono necessariamente concorrere per stabilire una sostituzione vietata, cioè la prestabilita successione nella cosa donata in un ordine diverso da quello fissato dalla legge, e la indisponibilità della stessa cosa donata come conseguenza necessaria della già determinata trasmessione di essa. Una di queste due circostanze, che manchi, il divieto della legge non sarà applicabile. Se vi è la indisponibilità, ma non la successione prestabilita, vi saranno, come poc'anzi dicevamo, due donazioni, una di usufrutto e l' altra di nuda proprietà, o vi sarà altra disposizione modale, ma mai una sostituzione vietata; e se vi è la prestabilita successione, ma non la indisponibilità, vi sarà un semplice fedecommesso *de residuo*, di cui tratta l' autore ne' numeri seguenti, ma non quella sostituzione, che la legge proscrive.

Il traduttore.

decommesso condizionale. Ma è questa una disposizione, il cui risultamento si è, che colpendo d'inalienabilità i beni, che ne sono l'oggetto, li mette fuori commercio? È una disposizione, il di cui scopo è di creare un ordine particolare di successione accanto a quello della legge?

Per verità la condizione opera una sospensione momentanea, e non resta nelle mani del gravato, che una proprietà risolubile. Ma qual'è l'effetto di tutte le condizioni. Per la qual cosa o i redattori del Codice non hanno voluto proibire una disposizione come quella, di cui parliamo, o avrebbero dovuto vietare ogni specie di condizione sospensiva e risolutiva; il che si sono ben astenuti di fare.

Ma se subordino l'instituzione al peso di restituire in morte del gravato, si vede a primo colpo d'occhio, che rendo i beni inalienabili nelle mani dell'instituito, che riduco costui alla condizione di un semplice usufruttuario, che gli do un successore necessario, e che per conseguenza creo un ordine particolare di successione, che non è nè quello della legge, nè quello, che il gravato avrebbe adottato. Ecco tutte le circostanze, che hanno indotto il legislatore ad armarsi contro simili disposizioni

Epperò, anche una volta, non il peso di conservare e di restituire, ma quello di conservare durante la vita e di restituire in morte costituisce una sostituzione vietata.

106. Riassumendo tutte le considerazioni cui ci siamo abbandonati in questo paragrafo, diremo, che il segno distintivo delle sostituzioni vietate consiste principalmente nell'ordine successivo, che mirano a stabilire. Noi intendiamo qui di parlare di quell'ordine successivo, ch'è l'attributo di tutti i fedecommessi, e che consiste nella chiamata dell'uno dopo l'altro (1) e nel concorso di due donazioni, importanti altrettante trasmessioni successive, ma vogliamo parlare di quell'ordine successivo e successoriale; creato dalla volontà dell'uomo per supplire quello della legge, di quell'ordine successivo, pel quale il disponente regola per più gradi la trasmessione de'suoi beni.

107. Affinchè quest'ordine successivo si rinvenga occorre il concorso di due circostanze: la prima una doppia donazione della medesima cosa a due persone chiamate una dopo l'altra; la seconda un tratto di tempo per la restituzione al sostituito, che abbraccia la vita del gravato.

Diciamo: una doppia donazione. Con ciò intendiamo, che il primo ed il secondo donatario debbono ripetere la loro chiamata dal sostituente (2). Secondo qualche autore, se l'individuo incaricato di restituire o di ricevere tenesse la sua chiamata dalla legge, come sarebbe per esempio un erede legittimo, non vi sarebbe sostituzione. Il che, dicono essi, l'art. 896 dichiara espressamente, quando per indicare la persona incaricata di conservare e di restituire, si serve delle parole: *l'erede istituito, il donatario, il legatario;* ciocchè esclude l'erede *ab intestato*. Relativamente all'individuo incaricato di ricevere, aggiungono essi, deve ripetere la chiamata dal disponente, perciocchè se fosse erede *ab intestato*, sarebbe gratificato per beneficio della legge, e non sarebbe donatario per rispetto al disponente; quindi non vi sarebbe sostituzione (3).

Ma a nostro avviso quest'argomentazione non è altro, che una sottigliezza propria a favorire le sostituzioni mascherate: più basso ne vedremo un esempio (4).

Ed in effetti poco importa, che l'instituito o il sostituito sembrano di avere la loro chiamata dalla legge, se in sostanza sono gratificati dal disponente, che sanziona relativamente ad essi il beneficio della legge. Non è forse vero, che vengono istituiti e sostituiti per la piena volontà del sostituente, il quale non altro ha fatto, che improntare il linguaggio della legge? Se dunque il disponente a loro riguardo si riporta alla legge sulla successione intestata, è vero il dire, che sono donatari nel senso dell'art. 896, e la sostituzione appare con evidenza. Senza di che nulla sarebbe più facile del fare servire la successione legittima come punto di appoggio per un passaggio ad una sostituzione vietata.

Abbiamo aggiunto, che occorre per la sostituzione un tratto di tempo per la restituzione della cosa dal primo al secondo donatario, il quale tratto di tempo abbraccia la vita del gravato. Questa circostanza importante della morte del gravato caratterizza più specialmente l'ordine successivo, e distingue la sostituzione da una disposizione puramente modale.

108. Dopo di aver fatto conoscere i caratteri delle sostituzioni vietate, parleremo de'termini, ordinariamente adoprati per stabilirle; il che è passare da la regola all'applicazione.

In ogni sostituzione fedecommessaria vi sono necessariamente due disposizioni: l'istituzione del primo erede, legatario, o donatario, e la chiamata del fedecommessario dopo di lui. La prima è una disposizione diretta, la seconda è una disposizione obbliqua. E l'*obliquo modo* de'Giureconsulti.

L'instituzione propriamente detta non è soggetta ad alcun termine sacramentale, e basta, che il disponente faccia comprendere il suo pensiero di gratificare il primo istituito. Però è necessario, che le parole, che usa, siano dispositive e non enunciative. Così se un testatore gravasse di un legato un individuo, che

(1) Peregrino, art. 17, n.i 1 e seg.
(2) Fusario, *quest* 274.

(3) Delvincourt, t. II, pag. 103, nota 3, e Rolland de Villargues.
(4) N. 161.

dicesse di avere istituito, e che nonpertanto non avesse realmente istituito, non vi sarabbe istituzione (1), e questa enunciazione non potrebb'essere considerata, che come un errore o un progetto non realizzato.

V'ha in questa materia una regola sovente ripetuta da' dottori: cioè che coloro, che sono messi nella condizione, non sono riputati essere nella disposizione (2)

Perocchè le parole, che formano la condizione, non sono dispositive, limitandosi tutta la loro energia ad operare quel che i Giureconsulti chiamano *privatio puritatis*. Così dico: « Se Tizio non è mio erede, gli sostituisco Sempronio ». Tizio essendo nominato unicamente nello disposizione condizionale, non potrà essere considerato come istituito. Epperò non vi sarà una prima donazione, e quindi una sostituzione, dapoichè Sempronio sarà sostituito ad un uomo, che non era istituito (3). Il che Furgole sviluppa col suo abituale sapere (4). Avremo occasione di ritornare su questa materia, non essendo questo il luogo di trattarne direttamente.

109. Si può essere incaricato di restituire senza essere veramente istituito o legatario. Ed in effetti si può essere incaricato come semplice ministro (5), come vien espresso nella legge 17, D. *De legat.* 2°, ed è anche detto dalla legge 49, D. *De donat inter. vir et uxor.* Quando l'individuo incaricato di restituire non vi è chiamato, che come semplice ministro, non è esso gratificato; sicchè non è, nè istituito nè legatario, ma un semplice esecutore testamentario o un fiduciario, nel vero senso, che conviene a questa parola. « Nella pratica, dice « Merlin (6) le parole erede fiduciario indicano « la persona, che il testatore ha incaricato, in« stituendolo erede per la forma, di ammini« strare la successione e di tenerla in deposito « sino al momento, in cui dovrà essere resti« tuita al vero erede ».

Ne risulta adunque, che il gravato fiduciario non è realmente instituito, che non è impossessato della successione, che la proprietà de'beni non riposa sulla sua testa, ch'è semplice amministratore, e deve restituire i frutti (7).

110. Questo genere di disposizione non è affatto proibita dall'art. 896, dapoichè il fiduciario non è, nè erede istituito, nè donatario, nè legatario. Questa è la dottrina di Merlin conforme a quanto abbiamo detto nel n. 108; e risulta dalla giurisprudenza (8).

Del resto la quistione, se una disposizione testamentaria presenta una fiducia, è una quistione di volontà, dipendente dalla quistione, se il testatore ha inteso di differire la restituzione de' beni unicamente in favore del sostituito e pel suo unico vantaggio. Tal'è la regola insegnata dalla legge 46, D. *ad S. C. Trebell.* Il perchè Henris è di parere, essere l'istituzione fiduciaria tutta congetturale e dipendere da' termini del testamento (9). Si può consultare le raccolte degli arresti, le quali contengono delle decisioni, che mostrano tutta la varietà d'interpetrazione, di cui queste disposizioni sono suscettibili (10).

Adesso le fiducie sono soltanto praticate per trasmettere delle liberalità a degli stabilimenti religiosi, la cui posizione non è regolarizzata, e che si vuol favorire senza il controllo del governo. La qualità delle parti ha in questa sorte di quistioni una grande influenza.

111. Parliamo ora de'termini adoprati per stabilire la sostituzione.

Nel dritto romano come nel nostro dritto francese la disposizione fedecommessaria poteva essere conceputa sia in termini imperativi, sia in termini pregativi. Le espressioni di preghiera, di desiderio, di raccomandazione bastavano per fare valere il fedecommesso. Non vi era del resto alcun termine sacramentale, ma nonpertanto si soleva far uso di certi termini, che evitavano la circonlocuzione. Cade a proposito di fermarvisi.

In prima linea si trova questa parola: *Sostituisco*. Nel dritto romano si applicava soltanto alla volgare, come più sopra abbiamo detto (11). Per lo contrario in Francia la parola sostituzione, presa isolatamente, indicava la sostituzione fedecommessaria. Tuttavia si diceva ugualmente: la sostituzione fedecommessaria e la sostituzione volgare, e la formola *sostituisco* si adoprava per l'una e l'altra sostituzione (12).

Se si presentasse sotto il Codice Napoleone una disposizione, nella quale venissero adoperate queste parole *io sostituisco*, penso, che non basterebbero esse sola per fare dichiarare l'esistenza di una sostituzione proibita. Potendosi queste parole applicare ad una sostituzione volgare, la disposizione non sarebbe annullabile, se non quando risultasse positivamente di non avere voluto il disponente sostituire volgarmente, ma fedecommessariamente (13).

Le parole *rogo*, *peto*, *deprecor*, *desidero*,

(1) Merlin, *Repert.*, v° Instit. d'erede, sez. 4, n. 9.
(2) L. 8, D., *Si quis omissa causa testam.*, l. 114, § 13, D., *De legat.* 1, l. 82, D., *De hered. instit.*
(3) L. 19, D., *De hered. instit.*
(4) Trattato de' testamenti t. II, p. 206, cap. 7, sez. 4, n. 64.
(5) Sopra n. 94.
(6) Repert. v° *Fiducia*, V. pure Thevenot, n. 541. Dalloz, v° *Sostituzioni* p. 160.
(7) L. 46, D., *ad S. C. Trebell.* Furgole, t. VII, p. 764, sull'art. 18, tit. 2, dell' Ordin. del 1747. Merlin, Rep., v° *Fiducia*. Maynard, lib. 5, cap. 85.
(8) Cass. 23 Nov. 1807, Dalloz, v° *Sostituzione*, p. 161.
(9) 3, 3, 22.
(10) Dalloz, v° *Sostituzione*, p. 160 e 161; e Tolosa 18 Maggio 1824. Dalloz, 25, 2, 23. Devill. 7, 2, 364.
(11) N. 90.
(12) Queste parole formano una sostituzione compendiosa, di che diremo in prosieguo.
(13) Art. 1157, C. Nap. L. 12, D., *De rebus dubiis.*

Digitized by Google

cupio si trovavano sovente ne' fedecommessi de' Romani (1). Se ne faceva uso anche in Francia, e questi termini pregativi costituivano un legame di diritto. Il che faceva dire all'avvocato generale d'Aguesseau, in uno stile, di cui lo studio non esclude la gravità: « Si « può dire de' testatori ciocchè altra volta si « diceva de'Re, che comandavano quando pre- « gavano » (2).

Però sembra, che queste parole sarebbero ora insufficienti a stabilire una sostituzione vietata. Dapoichè se erano obbligatorie presso i Romani e nell'antico dritto francese, ove i fedecommessi erano estremamente favorevoli, non dev'essere lo stesso sotto del Codice Napoleone, che li riguarda come odiosi. E siccome a rigore di termini le preghiere non producono legame di dritto, bisogna dire, che una tale disposizione non avrebbe nulla di obbligatorio sotto il Codice Napoleone, comechè nel dubbio non si presume, che un testatore abbia voluto fare, quello, che la legge gli vietava, ed anche meno ciò, che deve produrre l'annullamento della sua disposizione (3).

112. Per regola le parole, che contengono una sostituzione, debbono essere dispositive e non enunciative, come le parole, che formano l'istituzione diretta. Su tal rapporto ci siamo spiegati nel n. 108.

Debbono essere obbligatorie, dapoichè da una clausola non obbligatoria non si può fare risultare un legame fedecommessario.

Debbono importare un ordine successivo. Epperò se due gratificati fossero chiamati concorrentemente *ordine simultaneo*, come « istituisco Paolo ed i suoi figli » non vi sarebbe l'ombra della sostituzione (4). Nonpertanto questa disposizione era stata obietto di controversia fra gli antichi giureconsulti. Accursio sosteneva, che vi era sostituzione, e che i figli erano chiamati *ordine successivo*. Il che era una di quelle mille congetture, che avevano imbrogliata la materia de'fedecommessi, e falsificata la verità delle disposizioni testamentarie. Furgole ha dimostrato benissimo (5) con l'autorità della legge 11, C., *De impuber. et aliis instit.*, che coloro, che sono istituiti congiuntamente per mezzo della copulativa, raccolgono l'eredità in concorso.

113. Ma quale sarebbe il senso della disposizione, se il testatore avesse detto: Istituisco *Pietro ed i suoi figli da nascere*?

Nell'antica legislazione si distingueva, se la disposizione era contenuta in una donazione tra vivi o in un testamento. S'era contenuta in una donazione tra vivi, si faceva valere come sostituzione fedecommessaria. « Imperocchè, « dice Thevenot, il padre essendo impossessato « mercè la donazione, ed i figli non potendo « esserlo, ne risulta necessariamente un ordine « successivo » (6).

Se la disposizione era fatta per testamento, e che vi fossero stati de'figli nati in tempo della morte del testatore, essi venivano al legato *ordine simultaneo* col loro Padre, nè vi era ordine successivo e fedecommessario, che pe'figli non ancora nati. Ed in vero in que'tempi, in cui i fedecommessi erano in favore, si supponeva, non avere il testatore nulla scritto d'inutile, e si faceva valere la disposizione come sostituzione, non potendosi farla valere come istituzione relativamente a' figli nati o concepiti in tempo della morte del testatore.

Sotto il Codice Napoleone, sia che la disposizione fosse contenuta in un testamento, sia che la fosse in un atto di donazione, si dovrebbe decidere, che non vi è sostituzione, ma sibbene una istituzione nulla in quanto concerne i figli non ancora nati o concepiti nel momento della donazione o della morte del testatore, e che questa parte della disposizione dovesse essere considerata come non scritta (art. 906 del Codice Napoleone) senzachè ciò potesse attentare alla istituzione di Pietro. Il che la corte di Cassazione ha giudicato in tesi con arresto de' 7 di dicembre 1826 (7). Questa decisione è eccellente.

114. Istituisco Pietro, e dopo lui i suoi figli. Volete mettervi al punto di vista dell'antico dritto? Troverete in questa disposizione una sostituzione fedecommessaria (8). Il fedecommesso è favorevole; è usuale; si suppone facilmente.

Ma mettetevi in un ordine d'idee, che vieta i fedecommessi, e che non suppone la violazione della legge; la risoluzione potrà essere diversa. Il perchè la corte di Metz ha deciso, non esservi ivi, che una sostituzione volgare, ed il sig. Daniels sostenne questo parere, quando l'arresto fu deferito alla corte di Cassazione (9). I motivi erano, che il testatore non aveva detto: *Istituisco i figli dopochè il padre avrà raccolto*; e ch'era possibile, che il Padre morisse prima di avere raccolto, di maniera, che i figli si sarebbero trovati chiamati volgarmente, e che allora non vi sarebbe stata doppia donazione successiva. La quale opinione non ha nulla di stentato, dapoichè bisogna in-

(1) V. le *Pand.* di Pothier, t. II, p. 269, n. 8. D'Aguesseau, 37 Aringa.

(2) 37 Aringa.

(3) Merlin, Repert., v° *Sostit. fidec.*, p. 124, 125. Rolland de Villargues, p. 234. Cassat., 5 Gennaio 1809. Ric. (Deville, 3, 1, 4). Dalloz, v° *Sostituzione*, p. 165.

(4) Furgole, sull'Ord. del 1747, t. 1, art. 10. V. Merlin, *luogo cit.*

(5) *Luogo cit.* e *Testam.*, cap. 8, sez. 1.

(6) V. nonpertanto Furgole, *Testam.*, cap. 8, sez. 1.

(7) Dalloz, 27, 1, 85.

(8) Peregrino, art. 17, n. 30. Ricard, cap. 8, n. 548. Merlin, Repert., v° *Sostituzione fedecom.*, sez. 8, § 1, p. 118.

(9) Dalloz, v° *Sostituzione*, p. 175, n. 7.

terpetrare una clausola nel senso, che si presta alla sua validità, e non nel senso che la fa perire.

115. Da ultimo la condizione della morte del gravato, affinchè il chiamato raccolga la liberalità, deve risultare necessariamente dai termini del testamento.

Siccome è questo il carattere distintivo del vero ordine successivo, è d'uopo, che i termini, da' quali si pretende fare risultare una sostituzione proibita, chiamino il sostituito unicamente per raccogliere dopo la morte del gravato « Lego a Pietro un'immobile, e lo incarico di restituirlo a Paolo »: è questo un fedecommesso perchè non contiene niun ordine successivo. Nell'antica legislazione francese si sarebbe sott nteso il peso di restituire in morte del gravato. Ma non può essere lo stesso al dì d' oggi, perchè non dobbiamo estendere i termini per farli servire all'annullamento della disposizione. *Odia sunt restringenda* Si scorgerà qui non altro, che un fedecommesso puro d'aprirsi, come presso i Romani, alla morte del testatore (1).

Del resto non è necessario, che le parole della disposizione menzionino espressamente la morte del gravato. Basterebbe, che la condizione risultasse implicitamente, ma necessariamente dalle espressioni adoprate.

116. Non basta di avere spiegato il senso delle parole ordinariamente usate per fare una sostituzione, ma dobbiamo inoltre stabilire i principi, che servono ad interpretare lo spirito di simili disposizioni.

Nell'antica legislazione, come più volte l'abbiamo detto, i fedecommessi, oggetti di un gran favore, erano interpretati con tutta la possibile latitudine. Anzi quando una disposizione non era valida sotto un certo punto di vista si indagava con un numeroso corteggio di congetture, se la volontà pregativa del disponente non permettesse di sostenerla come sostituzione. Un passo di Papiniano, male interpretato, era servito soprattutto di pretesto, all'invasione de'fedecommessi congetturali; questo Giureconsulto aveva detto nella legge 64, D., *De legat. 2.° « In causa fideicommissi, utcunque precaria voluntas queratur, conjectura potuit admitti »*. Il quale pensiero preso nel suo vero senso, era del tutto ragionevole (2), potendo la logica in questa materia come in tutte le altre giovarsi delle presunzioni, che il testamento fa sorgere necessariamente. Ma gli interpreti, e soprattutto gl' interpreti italiani, erano di là partiti per dare un corso libero alla loro immaginazione e per introdurre un infinito numero di congetture, d' onde traevano la pruova delle sostituzioni, che chiamavano congetturali; di tal che la materia de'fedecommessi era divenuta un caos tale che quasi non vi era disposizione, nella quale non si potesse vedere una sostituzione. Furgolo (3) aveva fatto sentire con energia l'abuso di queste interpetrazioni; e l'art. 19 dell'Ordinanza del 1747 venne finalmente a rovesciare l'edifizio di queste congetture (4), che Cujacio chiamava così bene *mendacissimae* (5). Nondimeno si continuò a considerare come leggi le congetture ricavate da'testi del dritto romano; testi che comunque marcati al conio della saggezza e di una grande prudenza, erano però molto numerosi, perchè in molti casi i Giureconsulti romani avevano conosciuta la necessità di ricorrere a della interpetrazioni benigne, autorizzate dal favore de'fedecommessi, per fare valere la volontà de' testatori.

117. Ma ora che le sostituzioni sono abolite, dobbiamo essere guidati da differenti idee. Non solamente non si possono più ammettere le congetture capricciose degl'interpreti, ma dobbiamo guardarci dalle congetture ricavate da'testi del dritto romano. Ed in effetti, come dice il signor Toullier (6), sarebbe invocare la lettera di quelle leggi per distruggerne lo spirito; sarebbe infrangere questa regola di ogni tempo, che ne' casi ambigui si deve interpetrare l'atto piuttosto nel senso, che lo fa valere, che in quello proprio a distruggerlo.

Epperò due principi debbono menodurre coloro, che avranno ad interpetrare una clausola, che presenta i caratteri di una sostituzione.

Il primo, che se una clausola è suscettibile di due interpetrazioni, bisogna preferire quella che non induce una sostituzione, perchè non si presume, che il testatore abbia voluto fare ciocchè la legge vieta, e molto meno ciocchè porterebbe l'annullamento della sua volontà. Tale principio è consacrato dall'art. 1157 del Codice Napoleone (a), che non è altro, che la traduzione della legge 12, D, *De rebus dubiis*. « In ambiguis decidi oportet, ut magis valeat, « quam pereat dispositio (7) ». Da che siegue, che molte disposizioni, che nel dritto antico non si esitava a fare valere como sostituzioni, debbono adesso essere risguardate sotto un diverso aspetto, e ritenute nel senso, che la legge favorisce, non già in quel'o, che proscrive.

Il secondo principio è, che quando l' atto è conceputo in tal modo, che necessarinmente

(1) Sopra n. 100.
(2) V. Cujacio su questo testo, lib. 13. *Quaest. Papin.*
(3) *Testam.*, cap. 7, sez. 7, n. 60, ed ancora cap. 7, sez. 4, n. 121.
(4) Furgole, t. VII, p. 92, sull' art. 19, t. 1, dell'ord. del 1747.
(5) *Luogo cit.*

(6) Tom. V, nⁱ 25 e 26.
(a) L' art. 1157 del Codice Napoleone corrisponde all' art. 1110 delle Leggi civili, ch' è uniforme.
Il traduttore.

(7) Merlin, Repert., v° *Sostituzione fedec.*, sez. 8. Toullier, t. V, n. 50. Più basso n.ⁱ 1905 e 1907.

Digitized by Google

racchiude il peso di conservare e di restituire, comunque questa clausola non sia letteralmente espressa, vi sarà nonpertanto una sostituzione, e la disposizione dev'essere annull. ta (1).

118. Da questi principî passiamo alle applicazioni; e dapprima vedremo l'attuazione della regola: *in ambiguis decidi oportet, ut magis valeat, quam pereat dispositio*.

Abbiamo più sopra ampiamente parlato di certe disposizioni puramente modali, ch'altre volte la giurisprudenza francese faceva valere come sostituzioni fedecommessarie, ed abbiamo detto, doversi loro restituire il loro vero carattere di disposizioni con peso, spogliate di ogni idea di ordine successivo (2).

Se dunque s'incontra una clauso'a, che non presenta altro, che un fedecommesso puro o condizionale senz'alcuna relazione alla morte del gravato, o infine un fedecommesso a termine, bisognerà respingere tutte le estensioni del nostro antico dritto e ridurre la disposizione al suo valore di disposizione modale, autorizzata dall'articolo 1121 del Codice Napoleone (3).

119. Si chiamava nell'antica legislazione sostituzione compendiosa quella, che comprendeva insieme una sostituzione volgare ed una sostituzione fedecommessaria (4). La chiamavano compendiosa, *quia sub compendio verborum plures continet substitutiones* (5). Valeva come volgare, se si presentava il caso de la volgare; come fedecommessaria, se si verificava il caso di questa. Di talchè dall'evento giudicavasi della sua specie, e decidevasi se fosse volgare o fedecommessaria.

Evidentemente la compendiosa non poteva farsi, che con de' termini, i quali convenendo alla fedecommessaria, potevano anche applicarsi alla sostituzione diretta, imperocchè era impossibile di fare la compendiosa con termini puramente obliqui (6).

Per esempio, istituisco Tizio, e gli sostituisco Sempronio. Comunque la parola *sostituisco* non possa formare nel dritto romano, che una sostituzione volgare, nel dritto francese consuetudinario si riteneva, che avesse l'effetto della compendiosa, perocchè convenivano del pari alla volgare ed alla fedecommessaria (7). Con che vi era luogo alla volgare, se Tizio moriva prima di avere potuto raccogliere; vi era luogo alla fedecommessaria, se Tizio raccoglieva, ed era obbligato di restituire in tempo della sua morte.

120. Al dì d'oggi se una tale disposizione si presentasse in un testamento, bisognerebbe giusta il nostro principio decidere, che il testatore non ha voluto fare, che una sostituzione volgare, e che la sua intenzione non è stata quella di violare il divieto della legge, e di fare una cosa distruttiva della sua volontà. Per tal modo il senso delle formole cambia e si modifica secondochè le leggi agiscono in differenti sensi sulle idee e gl'interessi de' cittadini.

Pertanto se questa medesima disposizione si presentasse in una donazione tra vivi, non potrebbe valere come volgare, la volgare essendo incompatibile con la donazione tra vivi, che non può esistere, che con l'accettazione del primo donatario, ed alla quale le parole, *si primus capere non possit*, non possono esser applicate.

121. Vi era pure una compendiosa nel seguente caso. « Istituisco Giovanni, ed in caso « di morte metto Pietro in suo luogo »; dapoichè, dice Thèvenot (8), il sostituente non dice: in caso di morte senz'avere raccolto, nè in caso di morte dopo di avere raccolto, onde bisogna prevedere i due casi. Sotto il Codice Napoleone dobbiamo limitare la disposizione alla volgare per la sola ragione, che la fedecommessaria essendo vietata, non si presume, che il testatore abbia voluto preveder la.

122. Instituisco Pietro e Paolo, e li sostituisco l'un l'altro in tempo della loro morte; questa chiamavasi una sostituzione reciproca. La sostituzione reciproca poteva essere compendiosa come tutte le altre, ed il detto esempio ne offre la pruova. Ma è evidente, che presentemente quest'espressioni *in tempo della loro morte* potendosi intendere nel senso, che il premoriente trapassi prima di avere raccolto del pari, che nel senso, che trapassi dopo di avere raccolto, è il caso di limitare la disposizione alla sostituzione volgare (9).

123. Dono e lego a Pietro ed a Paolo la metà de'miei beni, e nel caso, in cui uno di essi morisse senza figli, gli sostituisco il sopravvivente. Che cosa ha inteso il testatore? Ha voluto parlare del caso, in cui uno de' legatari morisse prima di lui o dell'altro, in cui morisse dopo? Nell'antico dritto si avrebbe potuto supporre l'uno e l'altro. Ora bisogna ammetterne un solo, quello della morte del legatario prima del testatore (10). È vero, che queste parole *senza figli* sembrano di elevare più d'una difficoltà sull'esistenza di una sostituzio-

(1) Toullier, t. V, n. 50.
(2) Ni 100 e seguenti.
(3) Sopra n. 102 e seguenti
(4) Peregrino, art. 34, n. 6 Fusario ne ha trattato lungamente, *quest.* 229 e seguenti. Più basso n. 184.
(5) Fusario, *quest.* 229.
(6) « Hinc si substitutio facta est *verbis mere obliquis, non erit compendiosa.* » Fusario, *quest* 233, n. 40. Aggiungi Peregrino, art. 34, ni 11 e 61, e Thévenot, ni 448, 450.
(7) Thévenot, *luogo cit.* Ricard, *delle Sostituzioni*, cap. 6. n 261.
(8) N. 442.
(9) Merlin, Rep., v° *Sostituzione diretta*. p. 66 e 67.
(10) Cassaz. 26 Luglio 1808 (Devill, 2, 1, 558); 19 Luglio 1814 (Devill., 4, 1, 597); ric 11 Giugno 1817 (Devill, 5, 1, 329) Rouen, 10 Giugno 1814 (Devill., 4, 2, 392). V. però Cassaz., 26 Dicembre 1836 (Devill., 37, 1, 251). Bordeaux, 18 Marzo 1832 (Devill., 7, 2, 183). — V. Dalloz, v° *Sostituzione*, p 203.

Digitized by Google

ne volgare (1). Nondimeno i dubbi non sono sufficienti in questa materia per fare volgere l'interpetrazione all'annullamento.

124. Ma se risultasse chiaramente dalle espressioni adoprate dal testatore di aver egli voluto fare una sostituzione volgare ed una sostituzione fedecommessaria, quale sarebbe la sorte di questo fedecommesso compendioso?

Per esempio: Istituisco Sempronio, ed in qualsivoglia tempo morrà, gli sostituisco Cajo.

In questo caso evvi evidentemente sostituzione per le due ipotesi della volgare e della fedecommessaria. Il testatore ha chiaramente ed espressamente chiamato Cajo, sia che Sempronio muoia prima di avere raccolto, sia dopo. È inutile di dire, che non si presume, che il testatore abbia voluto violare la legge; la sua volontà di fare una sostituzione fedecommessaria risulta necessariamente dalla disposizione, e distrugge ogni presunzione. Epperò si può tradurre nella seguente maniera la disposizione, della quale ci occupiamo: Istituisco Sempronio, e se egli non vuole o non può raccogliere, gli sostituisco Caio; se poi raccoglie, lo incarico di restituire i miei beni dopo la sua morte a Cajo. La prima di queste disposizioni presenta una sostituzione volgare, che deve necessariamente produrre il suo effetto, se Sempronio muore prima di avere raccolto. Ma se viene a raccorre, cadiamo nel caso di un fedecommesso vietato, e non sarà permesso di lasciare sussistere la disposizione così relativamente a Cajo, che a Sempronio, senza violare l'art. 896. Del rimanente il caso, che abbiamo esaminato, può presentarsi più spesso, che non si crede, perciocchè la disposizione di una sostituzione volgare non vieta di farsi condizionalmente una sostituzione fedecommessaria.

125. Del resto non è sempre facile di distinguere una sostituzione diretta da una sostituzione fedecommessaria; se non che tutti gli autori sono di accordo su questo punto, che nel dubbio la sostituzione deve presumersi diretta (2). Quale n'è la ragione? Che la sostituzione volgare non impone carico a veruno, nè ha veruno degl'inconvenienti della sostituzione fedecommessaria.

A più forte ragione dev'essere lo stesso sotto il Codice Napoleone, che vieta le sostituzioni fedecommessarie, e che conseguentemente vieta la presunzione di avere voluto fare il Testatore una disposizione contraria alla legge.

126. Talvolta la disposizione testamentaria presentandosi sotto l'aspetto di una sostituzione, non racchiude in sostanza, che un dritto di accrescimento. Spetta al Giureconsulto di vedere qual'è stata la vera intenzione del disponente; daremo un esempio per servire di regola.

La signora Simeone nominò suoi legatari a titolo universale e per godersene in quote uguali li tre figli di Antonio Giovanni Doullet, suo secondo fratello, volendo, che in caso di morte senza posterità dell'uno o dell'altro de' suddetti tre nipoti o nipote, la quota del premorto spettasse per intiera a'sopravviventi per essere da loro divisa in parti uguali. Si attaccò il testamento, come contenente una sostituzione fedecommessaria. Sentenza del Tribunale della Senna, che rigettò questo mezzo di nullità; « attesochè lungi dall'aver fatta una sostituzione fedecommessaria, la testatrice non « aveva voluto altro, se non stabilire il dritto « di accrescere tra'suoi legatari; che per verità la disposizione, inspirata dal a previdenza della testatrice, era inutile, perchè tra gli « eredi o i legatari chiamati congiuntamente « il dritto di accrescere ha luogo di pieno dritto; ma che nel dubbio i Giudici debbono interpetrare le clausole degli atti nel senso favorevole alla loro esecuzione ». Sull'appello arresto, che confermò. Ricorso in cassazione. Ma con arresto de' 19 luglio 1814 la Corte « attesochè la corte di Parigi ha potuto per « via d'interpetrazione decidere, che invece di « una sostituzione non vi fosse, che un dritto « di accrescere preveduto dall'art. 1044 », rigettò il ricorso (3).

127. Evvi forse sostituzione nella specie seguente, che ricavo da un testamento passato sotto i miei occhi nell'affare della signora Tauriae contro la signora di Curel, giudicato dalla corte di Nancy il 1 di febbraio 1827?

La signora de Merigny istituisce per legataria de'suoi boschi la signora de Tauriae, ed aggiunge, che alla sua morte deve renderne il prezzo a'suoi tre figli.

La Corte non ebbe da occuparsi della sorte di questa disposizione, ch'era stata eseguita dalle parti con conoscenza di causa. Nonpertanto nell'aringa il difensore della Signora Curel dovè parlarne episodicamente, e la presentò come contenente un fedecommesso proibito dalla legge.

Penso, ch'egli errava. Ogni sostituzione deve comprendere un peso di conservare e di restituire. Qui la Signora Tauriac non aveva il peso di conservare i boschi, che facevano parte della successione, poichè il testatore autorizzava a venderli, salvo a rimetterne il prezzo a'suoi figli in tempo di sua morte. Una tale disposizione non ha per nulla gl' inconvenienti delle sostituzioni, cioè di mettere i beni fuori commercio, comechè lascia gl' immobili liberi, disponibili, alienabili, sequestrabili.

È vero che incarica il legatario di restituire il prezzo a'suoi figli, ma non vi è obbligazione,

(1) Rolland de Villargues, n° 207 e 223.

(2) Peregrino, art. 18, n. 7. Menochio, *De praesumpt.* IV, 667. Dumoulin, *Cons.* 59, n. 10. Mantica, *De conject.*, 5, 2, 1. Voet, 36, 1, 1.

(3) Devill., 4, 1, 597. Dalloz, v° *Sostituzione*, p. 204.

d' impiego, e giusta l'articolo 5 del Titolo 1.° dell' Ordinanza del 1747 la sostituzione è inefficace e senza potere per rispetto agli effetti mobili, se il testatore non ha preso la precauzione di prescrivere un impiego (1), e degenera in consiglio, perchè manca di sanzione (a).

128. Si è veduta attaccata come contenente sostituzione una disposizione, in cui vi era un contratto aleatorio; ecco la specie:

Molt'individui conproprietari di un immobile erano convenuti di possederlo in comune o per diviso, però con clausola, che la parte del premoriente si accrescerebbe a' sopravviventi, di tal che l' ultimo vivente doveva riunire la totalità sulla sua testa.

Per sostenere, che vi fosse sostituzione si diceva che i sopravviventi, non avendo che una porzione nella cosa, non potevano riunire la porzione de' premorti se non come donatari, e che i premorienti erano incaricati di conservare e di restituire all' ultimo sopravvivente; il che costituiva un ver'ordine successivo. Si citava la legge 1, C., *De donat causa mortis*, che formalmente dice, esservi fedecommesso.

Il signor Merlin dando le conclusioni in quest'affare, fu di avviso, che vi era sostituzione fedecommessaria (2) Ma la corte di cassazione non seguì la sua opinione, e guardò l'atto sotto un aspetto tutto diverso. Il suo arresto è del 12 piovoso anno IX (3).

Il signor Merlin nel riferirlo non si adopra punto a combatterlo, e noi pensiamo con la corte di Cassazione, che nella disposizione impugnata non si può altro vedere, che un contratto a titolo oneroso dall'una e dall'altra parte. Ciascuno de'contraenti si propone unicamente il suo proprio interesse, e non intende punto di fare de'benefizi all'altra (4). La porzione, che ciascuno di loro deve avere nel succedere all'altra, non è solo l'equivalente di quello, che ha dato, ma l'equivalente e di questa porzione e del rischio, che deve correre. In una parola la convenzione tra le parti è come un gioco di lotteria, una tontina, ma non presenta nè donazione nè liberalità, e conseguentemente non può contenere una sostituzione.

129 Molte leggi romane, che Pothier nelle sue Pandette ha riunito sotto il titolo *ad S.C. Trebell.* (5) parlano di una specie di fedecommesso, chiamato *de eo, quod supererit*, ed ecco ne la specie: Istituisco Pietro mio erede, e quando morirà, lo incarico di restituire a Giovanni quello, che rimarrà della mia successione: « Quidquid ex hereditate mea supererit, « rogo instituas » dice la legge 54, D. *ad S. C. Trebell.*

Nel dritto del Digesto non veniva precisamente limitata la facoltà di diminuire tale fedecommesso con delle alienazioni. Se non che era di regola, non potere il gravato fare delle alienazioni, oltre quelle, che un buon padre di famiglia avrebbe fatto, *arbitrio boni viri*, vale a dire delle alienazioni autorizzate da una causa giusta e probabile (6). Non si presumeva di essersi diminuito il patrimonio del gravato, se col prezzo della vendita de'beni se ne acquistavano degli altri; questi erano surrogati a'primi.

Da ciò si vede, che il gravato non aveva una libertà assoluta di alienare, perocchè il suo dritto era molto circoscritto, non potendo alienare, che di buona fede.

Giustiniano con la sua novella 108 ordinò, che il gravato non potesse alienare oltre i tre quarti dell'eredità. Nonpertanto eragli permesso per cau a di dote, per donazione a causa di matrimonio, di redenzione de'cattivi di oltrepassare questa quota. All'infuori di questi casi, il quarto de'beni doveva rimanere libero

(1) Furgole su questi articoli.

(a) Supponendo, che il testatore nell' ordinare, che alla morte dell' erede istituito o del legatario il prezzo di un fondo ereditario o del fondo legato si pagasse ad un terzo, vi avesse aggiunta la condizione dell'impiego del prezzo stesso nel caso di alienazione a fine di assicurarlo al terzo, questa disposizione conterrebbe una sostituzione vietata?

Pare di no, perchè non vi è identità tra la cosa, che si ricava e quella, che si deve dare. Il fondo ed il prezzo non sono la medesima cosa, e trattandosi di un oggetto singolare l' uno non succede in luogo dell' altro. L' erede istituito o il legatario non deve conservare il fondo; egli può disporne come vuole; può venderlo, donarlo, trasmetterlo per testamento o *ab intestato* al suo erede, ed è solo debitore del prezzo. Egli insomma acquista il fondo a titolo oneroso, senonchè è dispensato dal pagarne il prezzo sua vita durante e dal corrispondere gl'interessi su di esso.

Quest'interessi sono propriamente la largizione, che egli riceve dal testatore, ed essi sono una cosa ben diversa dal prezzo, ch' è la largizione a favore del terzo. Per la qual cosa non v'ha donazione di una medesima cosa a due diverse persone, non v'ha inalienabilità del fondo compreso nella disposizione, non v'ha finalmente turbamento nell' ordine successivo. Ancorchè il fondo si trovi nell' eredità dell' erede istituito o del legatario in tempo della sua morte, il terzo non avrà dritto a dimandarlo, non ne acquista il dominio, che rimane irretrattabile nella persona dell'erede istituito o del legatario, ed è trasmesso a titolo ereditario nel di lui erede, ma ha solo azione per chiederne il prezzo, che viene a lui pagato come rappresentante del precedente proprietario, e come corrispettivo del dominio da questo trasmesso nell' erede istituito o nel legatario. Quando il testatore ha obbligato l'erede o il legatario a pagare il prezzo del fondo, non glielo ha per certo donato, e quando l'erede o il legatario ha accettata la disposizione, non ha accettata in quanto al fondo una donazione, ma una compra, il cui prezzo è deferito al contratto di vendita, che del fondo acquistato potrà fare il nuovo acquirente o alla stima de' periti in mancanza di quello. Il donatario è il terzo, che riceve pel testatore il prezzo dell' alienazione, e lo acquista dal giorno della morte del donante, sebbene soggetto al termine della morte del debitore. *Il traduttore.*

(2) Quistioni di diritto v° *Sostituzione fedecom.*, § 4.

(3) *Luogo cit.*

(4) V. Ricard, *Donazione reciproca*, n° 2.

(5) T. II, p. 529, ni 23 e seguenti.

(6) L. 70, §. fin., D., *De legat.* 2. — L. 71, *ibid.*

al sostituito. Tale giurisprudenza era osservata in Francia, come Thevenot l'attesta (1).

Eravi però una gran controversia tra' Giureconsulti sulla questione, se dopo la novella di Giustiniano il gravato potesse alienare giusta il suo buon piacere i tre quarti disponibili.

Questi volevano, che non potesse alienare, che in caso di necessità. Quelli distinguevano e dicevano: Se l'alienazione è stata fatta di mala fede nello scopo di rovesciare il fedecommesso, l'alienazione non è buona; se non appare tal'intenzione, vale l'alienazione (2).

Una terza opinione, più generalmente ammessa, voleva, che il gravato fosse padrone di alienare i tre quarti a proprio piacere; il qual avviso era più conforme al testo ed allo spirito della Novella di Giustiniano, perciocchè l'Imperatore dice, che il gravato potrà disporre de'tre quarti come un vero proprietario: *Sicut voluerit uti, quemadmodum perfectis dominis competit.* Or il vero proprietario può donare ed alienare tra vivi a titolo gratuito; dunque la stessa facoltà dev'essere accordata al gravato *de eo, quod supererit.* Tal'è l' opinione di Fachineo (3), quel'a di Fusario (4), che assicura essere questa l'opinione comune, e quella di Cuiacio (5), di Peregrino (6), Perezio (7), Corvino (8), ec.

Ma una quistione più difficile e più controversa si era, se il permesso di alienare comprendeva la facoltà di disporre per testamento. Si può vedere in Fusario la grande contrarietà di pareri,che esisteva a tal riguardo tra'dottori. Però la maggioranza voleva, che l'alienazione fatta per ultima volontà fosse valida, e si fondava sulla legge 3 § 2, C. *de sec. nuptiis*, nella quale si vede, che una donna, cui si era permesso di alienare certi beni, poteva in essi instituire un erede (9).

Codesta opinione sembra a prima vista singolare, perocchè non si può dire, che colui, che dispone per testamento aliena (10).La successione testamentaria imita la successione legittima, e certamente non si è mai messa nella classe delle alienazioni la trasmessione dei beni per successione legittima; epperò sembra dover essere lo stesso, allorchè i beni sono trasmessi per successione testamentaria. Si aggiunge a questa considerazione, che il testamento non produce effetto, che dopo la morte, e che colui, che ha fatto la sostituzione, avendo gravato del peso di rendere i beni, che restrinono alla morte del gravato, ha voluto, che i beni, che non erano usciti dalle mani di quest'ultimo alla sua morte, venissero compresi nel fedecommesso.

Ma si può rispondere, che Giustiniano ha voluto, che il gravato potesse disporre de' tre quarti della successione come un perfetto proprietario, *ut perfectus dominus*; che avesse su questi tre quarti lo stesso potere di un padrone: *Et licentiam habere cum iis bonis, sicut voluerit uti, quemadmodum perfectis dominis competit.* La legge non dice *alienare*, ma dice *uti*, servirsi, parola, che abbraccia tutt'i modi di disporre. D'altronde non si debbono comprendere in questo fedecommesso *de eo, quod supererit* i beni, che lascia il gravato *postquam usus est*, i beni, de' quali ha disposto, su'quali ha testato, beni che non sono più liberi nelle sue mani, e che non sono liberi nella sua successione.

Quest'argomentazione, ricavata dall' istesso testo della legge, mi sembra decidere la quistione e rispondere a tutte le obbiezioni.

Ma il disponente può dare maggiore o minore estensione alla disposizione *de. eo quod supererit*; può o riportarsene alla latitudine della legge, o restringere il potere del gravato. Epperò si domanda, se il disponente invece di dire, per esempio, Lascio Tizio mio erede, e gli sostituisco Sempronio in quello, che resterà, dicesse: « Instituisco Tizio, e gli so« stituisco Sempronio. Permetto a Tizio di « alienare ». In questo caso il disponente mi pare di avere dato al suo erede minore latitudine di quella, che la legge gli accordava, perchè non gli ha permesso di disporre come padrone, *uti*, ma gli ha permesso solo di alienare, il che è uno de'modi di disporre. In questo caso penso, che il gravato non potesse testare de'beni fedecommessati, perocchè testare ed alienare mi sembrano due cose differenti. Sembra del resto, che questa distinzione trai differenti casi concilia le varie opinioni de'dottori (11).

130. Ora dimandiamo, se un tale fedecommesso forma sotto il Codice Napoleone una sostituzione vietata.

È certo, che adesso il dritto del gravato non è limitato da nulla, e che ha la più intiera libertà di alienare sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito,per lo che i beni sono liberi nelle sue mani, e quindi si scorge una immensa differenza tra le sostituzioni proibite, che colpi-

(1) V. Peregrino, cap. 22, art. 40, n. 40. Fusario, *quest.* 595. Fachineo, *Controv.*, lib. 5, 6, 52.

(2) Menochio, *Quist.*, 4, 186, 11.

(3) *Luogo cit.*

(4) *Quist.* 595.

(5) Esposizione della Novella 108, *Vers. quemad.*

(6) Art 40, ni 42, 44, 51.

(7) Sul Cod , *De legat. et fideic.*, n. 11.

(8) Stesso titolo.

(9) V. su questo testo le note di Gotofrado e le leggi, che cita, 69, § 3, D., *De legat.*, 2°. L. 135, § 5, D., *De verb. oblig.* L. 1, D., *De fundo dotali.* L. 28 o 67, D., *De verb signif*

(10) Argomento della legge 38, D., *De leg.*, 3.

(11) V. un arresto della Corte di Corsica de' 20 Gennaio 1825, e l' arresto di rigetto del 1 Febbraio 1827. (Dalloz, 27, 1, 139).

Digitized by Google

scono d'inalienabilità le proprietà territoriali, ed il fedecommesso *de eo quod supererit*, che per lo contrario lascia un dritto illimitato d'alienare. D'altronde il Codice vieta solo le disposizioni, nelle quali il peso di restituire si trova unito a quello di conservare. Or non si può dire, che il gravato *de eo quod supererit* sia incaricato di conservare. Dunque il fedecommesso *de eo quod supererit* non cade sotto la proibizione della legge.

Codesto parere è quello del signor Toullier (1), del signor Merlin (2), del signor Dalloz (3). Nonpertanto taluni scrittori hanno sostenuto di esservi sostituzione fedecommessaria nella specie, di cui si tratta. Si fondavano su Thévenot, che ha detto con Peregrino: « Una istituzione, che conferrebbe il permesso di alienare indefinitamente, formerebbe sostituzione fedecommessaria, comechè vi sarebbe obbligazione di restituire nel caso, che il gravato non avesse alienato ». Ma da ciò che risulta? Non altra cosa, se non che giusta i principî anteriori al Codice vi erano due sorte di sostituzioni, l'una con l'obbligazione di conservare, l'altra libera da quest'obbligazione, e nella quale si rinveniva solo il peso eventuale di restituire, subordinato alla condizione, che il fiduciario non avesse del tutto alienato. Or il Codice ha forse proibito due specie di sostituzioni? Affatto. Annulla unicamente le disposizioni, che contengono il doppio peso di conservare e di restituire, perciocchè queste sole presentano degli inconvenienti reali col ritirare dal commercio una gran massa di proprietà. Le altre al contrario ne sono esenti, poichè permettono al fiduciario di vendere, alienare, ipotecare ec. Si possono fortificare questi ragioni, come fa il signor Toullier, con la giurisprudenza seguita sotto la consuetudine di Bretagna, che non ammetteva le sostituzioni, e che nonpertanto considerava come valido il fedecommesso *de eo quod supererit*.

131. Senonchè bisogna convenire, che gli arresti delle Corti di appello non sono uniformi su questa quistione (4). Ma ora che le sostituzioni sono meno da temere, che ne' primi tempi della promulgazione del Codice, e che sono riguardate con più sangue freddo, ho pena a credere, che una disposizione di questa specie venisse dichiarata nulla (5).

Il signor Rolland de Villargues dopo di avere pensato, che il fedecommesso *de eo quod supererit* era vietato dal Codice, ha adottata l'opinione, che questa disposizione non entra nella proibizione: ma vuole, che valendo l'instituzione, il peso di rendere ciocchè resterà, sia nullo, perchè secondo lui non è obbligatorio (6), perchè dipendente dal puro arbitrio del gravato (7), e perchè pienamente potestativo; si funda sull'art. 1174 del Codice Napoleone e sulle leggi 43 § 2, 73 D. *De leg.* 2, e sulla legge 11 § 7. *De leg.* 3.

Tale sistema non ci sembra fondato. Ed in effetti s'è vero di dire, che il peso di conservare non è obbligatorio, e per dir meglio, che non esiste, non è lo stesso del peso di restituire, che produce un vero legame di dritto; di sorta che se resta qualche cosa, non si può essere dispensato dal restituire. Forse il signor Rolland de Villargues dirà, che mercè le alienazioni permesse al fiduciario, quest'ultimo potrà rendere illusorio il peso di restituire. Niente è più vero; però non ne risulta, che questo peso di restituire sia messo *in merum arbitrium* del gravato, poichè solo alienando tutto, può dispensarsi dal restituire. Basta di riportarsi a'testi citati dal signor Villargues per assicurarsi, che sono ben luogi dall'essere decisivi a suo favore (8). Ulpiano ne ide formalmente nella legge 11 § 7, che quando la condizione non è abbandonata al puro arbitrio del legatario, dev'essere eseguita. Possiamo confermare questa decisione con questo passo di Pothier (9).

« Potest etiam ultimi voluntati adscribi haec conditio, ut heres, a quo relinquitur, *quid faciat vel non faciat, quamvis* ab ipso prorsus pendeat *an faciat nec ne*. Et hoc casu non videtur ultima voluntas *in plenum, ac merum ejus arbitrium conferri*. Neque enim *mere* pendet ab eo, an praestiturus sit quod ab ipso relictum est; cum non possit, *nisi faciendo aliquid, aut ab aliquo facto abstinendo*, hanc praestationem vitare. Hinc si ita legetur, haeres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit; utile legatum est, quamvis in potestate ejus sit ascendere vel non ascendere (10).

132. Insomma stimiamo, che la disposizione *de eo quod supererit* dev'essere mantenuta in tutte le sue parti, e che non rientra nella proibizione del Codice Napoleone (11). Non vi si trovano nè gli inconvenienti naturali delle sostituzioni, nè le condizioni richieste per costituire questo genere di disposizione ostile alla libertà, al credito, ed al movimento della proprietà.

(1) T. V, n. 38.
(2) Quist. di dritto v° *Sostit. fedecom.*, § 13.
(3) V° *Sostituzione*, p. 167.
(4) Vedeteli in Dalloz, *luogo cit.*, pag. 168, 169.
(5) Argomento da un arresto di rigetto della Corte di Cassazione de' 9 Luglio 1832, ric., (Dalloz, 32, 1, 334).
(6) *Sostituzioni proibite*, p. 343.
(7) Questa opinione è abbracciata dal Sig. Cotelle, *Thémis*, t. VI, p. 335, ma per altre ragioni poco concludenti.
(8) V. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 459, ni 52, 53, 54.
(9) *Luogo cit.*
(10) L. 3, D., *De legat*, 2°.
(11) V. la nota di Baylo-Mouillard su Grenier, t. I, pag. 193.

133. L'usufrutto può essere l'obietto di un fedecommesso?

Sotto l'antico legislazione l'affermativa è espressamente stabilita dalle leggi romane. Si può consultare le leggi 4 e 29 § 2. D., *Quib. modis usuf. amittitur* e 29 D., *De usu et usuf. leg*, dalle quali risulta, che l'usufrutto legato a due persone *ordine successivo*, si estingue solo per la morte dell'ultima (1); che passa dalla prima alla seconda; e che la volontà del testatore dev'essere rispettata. Per esempio: Primo lega a Secondo l'usufrutto di un tal'immobile, e lo incarica di trasmettere quest'usufrutto a Terzo, affinchè in seguito ed alla morte di Terzo quest'usufrutto si consolidi con la proprietà nelle mani del legittimo erede di Quarto. Al punto di veduta delle leggi romane un tale fedecommesso non è suscettibile di critica, e l'antico dritto francese non vi vedeva neppure veruna difficoltà (2).

Ma che avverrà sotto il Codice Napoleone? La giurisprudenza ha pensato, che non vi era ragione per annullare questa disposizione (3), il quale avviso dev'essere abbracciato Ed in effetti ove trovare il peso di conservare e di restituire, ch'è caratteristico della sostituzione vietata? Deve forse Secondo conservare e restituire a Terzo? No. Il gravato non può conservare pel chiamato, non può restituirgli un dritto di usufrutto, che gli sfugge nel momento della sua morte, e che perisce con la sua vita (4). Da chi dunque Terzo ripete il suo dritto? Lo ripete dall'erede legittimo, cui l'usufrutto ritorna, e che lo dà a Terzo in virtù del testamento. Da che è evidente di non ratrovarsi nella specie il peso di conservare e di restituire; non vi si trova l'ordine obliquo, che è uno de'caratteri delle sostituzioni, perciocchè Terzo non riceve per l'intermezzo di Secondo, ma direttamente dal defunto per le mani dell'erede.

Il che non vieta di ammettere poter riuscir facile di nascondere una sostituzione vietata per mezzo di più legati successivi di usufrutto, che renderebbero la proprietà illusoria per l'erede. Spetterebbe al Giudice di discoprire i sotterfugi della mala fede, e farne severa giustizia (5).

A tale riguardo dobbiamo fare osservare, che nell'antico dritto si poteva stipulare l'usufrutto *perpetuo* e trasmessibile agli eredi, benchè ciò ripugnasse alla natura dell'usufrutto, che termina con la morte; ed in tal senso, dice Ricard, i Religiosi di Moncel erano chiamati nella consuetudine di Sealis (6) usufruttuari di Pointpoint (7). Era però questa un'estensione, che i favori de fedecommessi avevo fatto ammettere. Pare, che Giustiniano non l'avesse approvata nella legge 14 C., *De usuf. et quemad. quis matur*; perocchè in questa legge, come nel § 1 delle Istituzioni *De usuf.* annunzia, che l'usufrutto non dev'essere sempre separato dalla proprietà, onde questa non rimanga tuttaffatto inutile. *Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu*; di modo che taluni Giureconsulti ne avevano concluso che non si poteva legare l'usufrutto *in perpetuum*. Ma il favore de'fedecommessi l'aveva vinto.

È inutile di dire, che queste idee sono per rite col dritto antico, e che ogni disposizione di usufrutto, che marcasse una sostituzione fedecommessaria, dovrebbe essere dichiarata nulla malgrado di sapienti ed ingegnosi artifizi.

134. Quello, che abbiamo detto del legato successivo di usufrutto, deve applicarsi ad un legato di rendita vitalizia fatto con le medesime condizioni. Ed eccone un esempio, che si è presentato innanzi la corte di Parigi. Thibou aveva fatto un testamento così concepito: Dono e lego a mio fratello Carlo Luigi Thibou una rendita vitalizia di 8 mila franchi sullo Stato 5 per 100. Questa medesima rendita ritornerà a G. Petit Collin, riconosciuto Thibou da mio fratello; poi a'figli di questo stesso Petit-Collin. In mancanza di questi ultimi o dopo la loro morte il capitale della rendita ritornerà a mio nipote Chateaubourg o a'suoi figli.

Questo legato fu attaccato come contenente una sostituzione proibita di rendita vitalizia di 8 mila franchi. Però se si vuole esaminare questa disposizione senza preoccupazione, si scorge, esservi semplicemente de'legati successivi di rendita vitalizia a Carlo Luciano Thibou, a G. Petit-Collin ed a' figli di G. Petit-Collin, ed un legato della nuda proprietà a Chateaubourg o a'suoi figli. Il legato della nuda proprietà a Chateaubourg è immediato ed attuale, sì che si avrebbe potuto inscriverlo immediatamente sul gran libro del debito pubblico. Tal'interpetrazione è stata adottata dall'arresto della Corte di Parigi de' 24 febbraio 1852, pronunziato sotto la mia presidenza.

135. La proibizione di alienare costituisce forse una sostituzione?

(1) Doneau, *comm.* X, 17, n. 13; Brunemann sulla legge 29, D, *De usu et usuf*; Favre, *Ragion.* sulla l. 4 e 29, § 2 D., *Quib. modis usuf. amitt.*, e *De errorib. pragmatic.*, 65, 2.

(2) Thévenot, n. 117.

(3) Cassaz, 4 nevoso an. VIII. Parigi 26 marzo 1813. Dalloz, v° *Sostituzione*, p. 189 o 110. V. ancora Rolland de Villargues, n. 238. Proudhon, *Usufrutto*, t. 1, n 446. Merlin, *Quist. di dritto* v° *Sostituzione fedecom.*, § 7. Dalloz, v° *Sostit.* p. 188. Grenier, *Osserv. prelim.* n. 12.

(4) Più basso art. 899, C. Nap., e n 185.

(5) V. una Sentenza del Tribunale della Senna del 28 vent. an. XI, riport. da Merlin, *Quist. di dritto* v° *Sostit fedecom.*, § 7, p. 53.

(6) Art. 42.

(7) *Donazione reciproca*, n. 349.

Bisogna rispondere negativamente a questa quistione, perciocchè questo divieto aggiunto ad un'istituzione è nullo in se, e non forma, che un precetto nudo (*nudum praeceptum*), che non lega, e non dà azione ad alcuno (1), e del quale si può dire con Papiniano essere stato dato *obtentu consilii* (2). Nonpertanto secondo le leggi romane, vi era fedecommesso quando il testatore, precisando dippiù la sua disposizione, diceva. Vieto di alienare fuori della mia famiglia (3). Ma era questa una sostituzione puramente congetturale, che non potrebbe essere ora più ammessa secondo il principio. *Decidi oportet in ambiguis, ut magis valeat, quam pereat dispositio*. Come nel primo caso questa proibizione non presenta, che un progetto nudo, che non ha nulla di obbligatorio, e che per conseguenza è riputato non scritto (art 900 Codice Napoleone) (4). Veruna sanzione esiste in una tale clausola; veruna azione è aperta a' terzi, con certezza designati, per procurarne l'esecuzione (5).

136. *Quid* se la proibizione non fosse pura e semplice, e che il testatore per esempio avesse detto: « Dono il fondo Corneliano a Cajo « con divieto di alienare per qualsivoglia titolo, e se aliena, pagherà 600 franchi a' miei « eredi legittimi ? » Per sostenere, che vi è un fedecommesso potrà dirsi, che qui non è vero, che la proibizione di alienare sia un precetto nudo; che per contrario è un divieto obbligatorio; perocchè in caso d'infrazione il legatario è sottoposto ad una pena, nella quale incorre di pieno dritto (6): che perciò Cajo si trova incaricato di conservare il fondo Corneliano, e dopo la sua morte di restituirlo per intiero a' suoi discendenti, e quindi vi è una vera sostituzione nel senso dell'art. 896; che sarebbe inutile di dire, che il Codice non ammette le sostituzioni tacite e congetturali, perciocchè non per congettura, ma per l'interpetrazione rigorosa e necessaria della volontà del testatore si perviene a questa interpetrazione di essa; vi si pervienc per gli effetti ai quali conduce indispensabilmente, di modo che si è nel caso, di cui parla Cuiacio: « Lege « opus est, quae introducit et probet tacitam « conditionem, *vel re ipsa et evidentissima « voluntate contrahentium, quae eam inducat* (7). »

Malgrado queste ragioni bisogna dire, che il testatore non ha fatto una sostituzione vietata. Ed in effetti qual è in una sostituzione vietata la pena della violazione dell'inalienabilità della cosa? Un'azione reale del sostituito contro i terzi per fare rivocare l'indoverosa alienazione fatta dal gravato, e per impedire, che la cosa non sfugga a'legami dell'inalienabilità. Or nella nostra specie non veggo nulla di simile. Se Cajo gravato vende, niun'azione apparterrà al suo erede; la vendita sarà ben fatta, sussisterà, nè esisterà verun dritto contro de'terzi, che non potranno essere inquietati. I soli eredi del testatore avranno un'azione contra Caio o i suoi eredi legittimi pel pagamento della penale di 600 franchi, e quest'azione ancora deve svanire innanzi a questa ragione decisiva, che la proibizione di alienare è contraria alla libertà, e che le condizioni di questo genere si presumono non scritte.

Questo è ciò, ch'è stato molto bene giudicato dalla Corte di Parigi con arresto degli 11 di maggio 1852 in una specie, nella quale la testatrice nell'istituire un signor Williams de Blagny aveva aggiunto. « Voglio ch'egli « conservi intatto quel, che gli lascio; è questa la ragione, per la quale metto la condi« zione espressa, ch'egli non venda la tenuta « di Cantelon, sotto pena di entrare in divi« sione con chi di dritto, come se non avessi « fatta disposizione ».

La corte nel decidere, che questa clausola non racchiudeva sostituzione, giudicò nel medesimo tempo, che la disposizione non era altro, che una istituzione di erede con condizione di non alienare e con una penale in caso di contravvenzione; che una tale condizione è contraria all'ordine pubblico ed alla libertà, e dev'essere considerata come non scritta secondo l'articolo 900 del Codice Napoleone (8).

137. Quel che abbiamo detto della proibizione di alienare serve a risolvere la quistione, se la proibizione di testare costituisce un fedecommesso. Bisogna rispondere di no in tutt'i casi, perocchè il divieto di testare non contiene il peso di conservare e restituire, potendo il legatario alienare di qualunque altra maniera, che per testamento (9). Solamente una tale condizione essendo contraria alla libertà, è considerata come non scritta (10)(a).

(1) L. 114, § 14, D., *De legat.*, 1°, e 38. § 4, D., *De legat.*, 3°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 364, n. 437, ha riunito gli altri testi relativo a questo.
(2) L. 77, § 24, D., *De legat.*, 2°.
(3) L. 4, C., *De fideic.*
(4) Toullier, t. V, n 51. Rollond de Villargues, n. 237.
(5) *Contra*, Grenier, *Osserv prelim.*, n. 7.
(6) V. Toullier, t. VI, n. 488.
(7) *Osservat.*. lib. 25, c. 18.
(8) Parigi 11 Maggio 1852 1° Camera Giornale il *Dritto*, 24 Settem 1852.
(9) Cassaz, 4 Marzo 1832 (Dalloz, 32, 1, 118) Bayle, Mouillard su Grenier, t. 1, p. 196.

(10) Parigi arresto precitato.
(a) Pare, che un uomo può per patto interdirsi un dritto, una facoltà, che la legge gli accorda, quando questo dritto o questa facoltà non sia legata all'ordine pubblico o a' buoni costumi. Da che deriva, che le condizioni contrarie alla libertà, nel senso nel quale qui si tratta, non sono vietate come quelle contrarie all'ordine pubblico o a' buoni costumi. E se sono permesse, possono imporsi per stipulazione a sè stesso, od aggiungersi ad una donazione, che si fa od un altro.

Si può trasmettere ad altri un dominio pieno o un dominio semi pieno, lo che in altri termini significa, che si può distrarre dalla massa delle facoltà domini-

Digitized by Google

138. Ecco una specie curiosa, e che sorte dalle vie ordinarie, nella quale un legato di liberazione veniva attaccato come contenente una sostituzione proibita (1).

Il signor de Custine aveva inserita questa clausola nel suo testamento degli 8 ottobre 1791. « Mi è dovuto dalla Casa de Puilly 61 « mila franchi, che lego alla mia cara cugina « Signora de Puilly o a'suoi figli dopo la mor« te di mia figlia (la Signora d' Absac) nel « caso, ch'ella muoia senza figli ».

La somma era originariamente dovuta dal Signore e dalla Signora de Poully, vale a dire dalla Signora de Poully, cui il testatore la donava, e da suo marito il Conte di Poully che nel momento d l testamento era morto, ed era rappresentato da' suoi figli. Si vede, che costoro insieme con la loro madre sono gratificati dal signor de Custine. Da un altro lato il signor de Custine era morto nel 1793, e sua figlia, la signora d'Absac era morta dopo di lui senza posterità, di modochè la condizione preveduta dal signor de Custine si era verificata.

Gli eredi d'Absac pretendevano, che questa disposizione fosse nulla come contenente una sostituzione vietata, e chiesero il pagamento de'61 mila franchi.

Una sentenza del Tribunale di Montmedy accolse questo sistema, ed annullò la clausola del testamento.

L'appello fu prodotto innanzi la corte di Nancy, e vi si presentò sotto diversi aspetti, ch'è inutile qui di riprodurre. Un solo entra nel nostro subietto, e dobbiamo farlo rimarcare, tantopiù che non si era impegnato in prima istanza, e si era di conoscere, se un legato di liberazione, fatto nelle condizioni del testamento del signor de Custine, non ripugnasse all'essenza di una sostituzione vietata.

Io presideva l'udienza, e la mia mente fu sin dal principio colpita dalla gravità di quest'aspetto, il perchè diressi la discussione verso questo punto capitale, la cui importanza non era stata sin allora sufficientemente avvertita. Ho conservato le mie note su quest'affare, ed ecco il sommario delle idee, ch'esposi nella camera di Consiglio nella deliberazione.

139 Si tratta di un legato di liberazione, di uno di que'legati di una specie particolare, di cui il Digesto ha trattato nel titolo *De liberatione legata* (2).

Il legato di liberazione può farsi in più modi (3); come quando si lega la liberazione nei termini propri (4); oppure quando si lega al debitore quello, che deve (5); oppure quando si vieta all'erede di esigere la cosa dovuta (6). Questi differenti modi sono uguali, hanno lo stesso valore ed il medesimo effetto. Il signor de Custine nel legare a'rappresentanti della casa de Poully i 61 mila franchi dovutigli da questa casa, ha dunque fatto un legato di liberazione giusta la seconda formola, e siccome tutte queste formole sono uguali, è come, se il signor de Custine avesse vietato al suo erede di esigere la somma dovuta dalla casa de Poully.

140. Ciò ritenuto, quali sono gli effetti di un legato di liberazione?

Supponiamo che il legato fosse puro e semplice. In morte del signor de Custine i debitori sarebbero stati liberati di pieno diritto. Denizart dimostra benissimo « che un legato di li« berazione non conduce a veruna cosa reale, « *che possa essere consegnata*, e *che opera* « *solamente l'estinguimento del diritto* ».

Ma il legato non è puro e semplice; è sottoposto alla condizione, se la signora d'Absac muore senza figli. Ora si sa, che in pendenza della condizione il legatario non è proprietario della cosa legata, ma ha solo una speranza (7). Bisogna attendere l'avveramento della condizione, onde la cosa gli rimanga acquistata (8). Vediamo dunque quali sono gli effetti del legato di liberazione *pendente la condizione*.

141. E primieramente cerchiamoli relativamente alla signora d'Absac.

eali qualcuna di esse. E nella specie mentre rimane all'erede o al legatario la libera ed assoluta disposizione del fondo legato, gli si vieta solo di donarlo per testamento. Siffatta disposizione si risolve nella seguente. Vi dono il fondo corneliano; fatene quello che volete, a titolo oneroso o gratuito, ma se morrete senza averne disposto, trasmettetelo al vostro erede legittimo.

Questo è indubitatamente meno di un fedecommesso *de residuo*, perchè il fondo donato non si trasmette al terzo, ma all'erede legittimo del donatario; qui la successione legittima viene preferita alla testamentaria, e non pare, che una tale combinazione possa incontrare la riprovazione della legge. Ma anche assimilandola ad un fedecommesso di residuo, si è disputato, se in esso il gravato avesse pure la facoltà di disporre del fondo per testamento (V. n. 129) di talchè nell'opinione negativa il divieto di testare è sottintesa in quella disposizione. Or se nella specie questo divieto è espresso, o tende a fare pervenire quel che sopravvanza del legato alla persona contemplata in secondo luogo, ch'è l'erede legittimo, non pare, che possa dubitarsi della legittimità della clausola e dell'esecuzione, che debba darsi alla disposizione. Il legatario disporrà per testamento di tutt'i suoi beni, ma trasmetterà quello, di cui parliamo, all'erede legittimo, perchè a questa condizione si trova nella sua successione, o perchè sin dal momento, in cui gli è pervenuto, è stato sottratto dalla sua successione testamentaria. *Il traduttore.*

(1) Dalloz, 36, 1, 147.

(2) V. infra n. 1974. Voet su questo tit. Pothier nelle sue *Pand.* Denizart, v° *Legati* n. 23. Despeisses, t. 1, p. 150, n. 71. Merlin, Repert., v° *Legatario*, § 1, n. 9. Dalloz, v° *Disposit. condit.*, p. 113. Delvincourt, t. II, p. 378. Ducaurroy, *Instit.*, l. II, p. 186, § 13.

(3) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 422, n. 1. Gotofredo sul Dig., *De liberat. legat.* Ducaurroy, *luogo cit.* *Infra*, 1974 e seguenti.

(4) L. 3, D., *De liberat. legat.*

(5) L. 1, D., *De liberat. legat.*

(6) Gotofredo, *luogo cit.*

(7) L. 32, § 1, *De legat.*, 2°. Ricard, *Disp. condit.*, n. 182.

(8) L. 41, D., *De condit. et demonst.*

Digitized by Google

È certo in primo luogo, che ella non era proprietaria della somma di 61 mila franchi, ma proprietaria del credito. La stessa somma di 61 mila franchi prestata alla casa de Poully dal signor de Custine era divenuta per l'effetto del prestito la proprietà de' mutuatari, salvo il peso di restituire (1). Ed è il caso di dire con la legge romana: *Minus est habere actionem quam rem* (2). o con Loisel, *val meglio possedere che correre*. La signora d'Absac non aveva i 61 mila franchi, ma solamente un dritto, un'azione; non possedeva, ma bisognava correre prima di possedere.

142. Vi è dippiù, ed è che questo credito di 61 mila franchi non poteva farlo valere, mentre vivева, tranneché tutto al più per gli interessi. È vero che le leggi romane sembrano contenere delle risoluzioni contrarie su la quistione se, *pendente conditione*, l'erede può esigere la somma, la cui liberazione è stata legata condizionalmente. Le leggi 5 D. *De doli et metus except.*, e 7 § 7, D., *De liberat. legata* decidono, poter essere il debitore obbligato a pagare, quando la condizione è tuttavia pendente, perocchè è possibile, che questa condizione venga a mancare; la legge 5 aggiunge anzi pertanto, che per garentire gl'interessi del debitore, l'erede deve dare cauzione; altrimenti il debitore, cui importa di rimanere in possesso della somma legatagli condizionalmente, lo respingerà con l'eccezione del dolo (3).

Ma da un'altra parte la legge 36 *Pecuniam*, D., *De rebus creditis* porta, che sino a quando la condizione è sospesa, il creditore non può esigere nulla.

143. Questa contrarietà di decisioni ha rotto gl'interpreti, e Cujacio dopo Accursio e Bartolo ha cercato di salvare l'antinomia (4). Per riuscirvi si fonda su delle ragioni sottili proprie del dritto romano; osserva, che la legge 36, D. *De rebus creditis* parla di una remissione condizionale fatta per contratto, mentre la legge 5, D., *De doli et metus except.*, parla di rimessione fatta per testamento. Or giusta la sua estimazione del sistema delle leggi romane, il dritto conferito al debitore dal testamento, che gli fa un legato di liberazione, non è, *pendente conditione* così stretto così preciso come il dritto, ch'è conferito al debitore da un contratto, il cui scopo è di gratificarlo con una liberazione condizionale. Epperò la legge 36 ha ragione nel suo caso particolare, come la legge 5 nel suo.

Dio mi preservi dal contrastare la legittimità di questa conciliazione, e me ne riporto su di ciò alla grande penetrazione ed all'immenso sapere di Cujacio Ma quello, che affermo, si è, che la semplicità del nostro dritto francese ripugna a queste distinzioni; che presso di noi non v'ha differenza tra il legato ed il contratto sotto l'aspetto, che ci occupa; e che il debitore legatario ha tanto dritto, quanto il debitore donatario. Attingo quindi la mia ragione di decidere dalla legge 36, D., *De reb. creditis*, e mi ci fermo tanto più volentieri, che il buon senso anche così richiede.

Imperocchè un legato di liberazione suppone un debito, e se il debito è estinto con un pagamento antiripato, sarà forse legata una liberazione? Ove dunque saranno questi due effetti del legato di liberazione, che sono o di produrre una eccezione contro la dimanda, o un'azione per farsi rilasciare quietanza? (5). Supponete, che la condizione si verifica; sarà il debitore nel caso dell'eccezione? sarà nel caso della quietanza? No, evidentemente no!

144. Penso nonpertanto, che se il debitore *vergit ad inopiam*, si possono prendere contro di lui delle misure conservatorie. Ma in tesi ordinaria il legatario non può essere costretto a pagare, perocchè sarebbe andare contro la natura di un legato di liberazione. Or ora abbiamo veduto, che una delle formole del legato di liberazione presso i romani era: Vieto al mio erede di reclamare la somma di . . . , a me dovuta da un tale.

145 Dico dunque, che *pendente conditione*, il legatario non deve essere costretto per lo capitale. Egli è solo debitore degl'interessi, e potrebbesi ancora far valere qualche autorità per sostenere, che non ne deve, perocchè le disposizioni testamentarie s'interpretano largamente, ed il testatore nell'accordare un termine al suo debitore, può facilmente supporsi di avere voluto fare remissione degl'interessi; il che Pothier insegna espressamente (6). Però non insisto su questo dettaglio, perocchè intendo solo di mantenere il punto di dritto racchiuso nella legge *Pecuniam*.

Aggiungo, che riferendomi a'termini del testamento, veggo la pruova, che il signor de Custine non intendeva, che la signora d'Absac potesse inquietare la casa de Poully *pendente conditione*. Ed in effetti dice: « mi è dovuto ec. ec. Epperò quello, che dona, non sono i 61 mila franchi in generale ma i 61 mila franchi che *gli sono dovuti*; ond'è mestieri, che i 61 mila franchi siano dovuti nell'epoca, in cui il legato verrà a scadere. Senza di ciò sarebbe una cosa diversa da quella, ch'è stata legata, perchè non sarebbero i 61 mila franchi dovuti, ma 61 mila franchi in generale. Aggiungiamo, che la casa di Poully era affit-

(1) Art. 1893, C. Nap L. 2, § 2, D., *De rebus credit.*
(2) L. 204, D., *De reg. juris.*
(3) Merlin, Repert, v° *Legati di liberat.*
(4) Sulla l. 5, D, *De doli et metus except.* lib. 71, (*Pauli ad edictum*).
(5) L. 3, § 3, D., *De lib. leg.*, e l. 17, C, *De fideic.*
(6) *Pandette* n. 259.

ta dalle sventure dell'emigrazione, e che il testatore, che ne sentiva un vivo interesse, era ben lontano del sottintendere, che in mezzo ai suoi infortuni potess' essere spinta all'estremo dalla signora d'Absac.

146. Ecco dunque nettamente definita la situazione dell'erede. Vediamo ora quella del legatario, la quale si disegna facilmente dopo quello, che abbiamo detto.

I rappresentanti della casa de Poully erano legalmente proprietari della somma di 61 mila franchi, loro prestati col peso di restituirli dal signor de Custine (art. 1893). Ma il testamento dispensa dal restituire, se la signora d'Absac muore senza figli. Dunque il testatore ha accordato un termine a' rappresentanti de Poully. Il debito, da puro e semplice, ch' era, è divenuto non esigibile durante la vita della signora d'Absac. I rappresentanti de Poully dovevano 61 mila franchi, ma erano dispensati dal pagarli alla signora d'Absac, e dovevano tal pagamento a' di lei figli se ne avesse. Per lo che il reale, l' effettivo del legato è una dispensa dal restituire, se la condizione si verifica. Mentre la signora d'Absac è gravata dell'obbligazione di non dimandare la somma, la signora de Poully gode del benefizio di ritenerla. Vi è simultaneità ne' due effetti, e ciò è importante in quanto all' *ordine successivo* del fedecommesso.

147. Intanto giunge la morte della signora d'Absac senza figli; questa è la purificazione della condizione. La liberazione ha luogo di pieno dritto (art. 1309 cod. Nap.). Si presume che la signora de Poully è stata liberata dal giorno della morte. perchè la condizione verificata produce un effetto retroattivo.

148. Ciò ritenuto, è mai possibile di trovare in questa clausole riunite una sostituzione vietata? Vi è peso di conservare? Vi è peso di restituire?

E dapprima peso di conservare, che cosa? Non la somma; perchè la signora d'Absac non l'ha; non il titolo, perchè poco importa alla signora de Poully, che non ne ha di bisogno. Forse il dritto, il *nomen*, il credito inesigibile? Ma che le vieta di alienarlo, quale lo ha, come un usufruttuario, un possessore vitalizio potrebbe farlo?

149. Vi è peso di restituire? Nel momento, in cui la condizione si realizza, il credito sparisce, si cancella di pieno dritto (1). Ora il peso di restituire suppone una tradizione. « Il « fedecommessario anche a titolo universale, » dice l'ordinanza del 1747 (2), non sarà imposessato di pieno dritto, ma sarà tenuto di » ottenere il rilascio o il trasferimento del fedecommesso, ec. ec. ». Come il rilascio sarebbe possibile? Ricordiamoci quel che diceva Donizart: « Che un legato di liberazione non consiste duco a nulla di reale, che possa essere consegnato ». Che si restituirà? La somma? La signora d'Absac non l'ha; la casa de Pouilly n'è la proprietaria. Il titolo? La signora de Pouilly non ne ha bisogno; e d'altronde non è altro, che un mezzo di pruova. Il dritto Incorporale? È estinto *ipso jure* per la morte senza figli della signora d' Absac.

150. Epperò unicamente per mezzo di finzioni e di supposizioni si potrebbe vedere il peso di restituire. Bisognerebbe mettere i 61 mila franchi in luogo del credito e dell'obbligazione, farli viaggiare dal signor de Custine alla signora d'Absac, dalla signora d' Absac alla casa di Pouilly. Bisognerebbe dire, che la signora d'Absac ha potuto esigere i 61 mila franchi, e che avendosele fatti pagare, gli abbia conservati per restituirli in tempo della sua morte senza figli a' rappresentanti di Poully. Ma ciò è un mentire nel fatto e nel dritto, è circoscriversi in de' circoli fallaci Or Tiraquello ha benissimo detto: « *Vitandos esse circuitus* (3)... *Circuitus, quem solet suprema curia vitare* (4). In realtà il legato non conduce, che a qualche cosa di negativo, ch'è incompatibile con l'idea di un peso di restituire; è un legato d' estinguimento. Al contrario è proprio delle sostituzioni, che la cosa dovuta ai continui, si prolunghi, e passi da una in un altra mano.

151. Finalmente in una sostituzione l'oggetto posseduto dal gravato a titolo d'istituzione, dev'essere assolutamente lo stesso di quello, che il fedecommessario deve possedere.

E qui quale differenza! L'emolumento, che la signora d'Absac ritira dall' istituzione, è un credito di 61 mila franchi produttivo d' interessi, ma non esigibile pel capitale. L'emolumento, che ritira la casa di Pouilly, è una dispensa di restituire i 61 mila franchi. Vi è forse identità?

La signora d'Absac è gravata dell'obbligazione di non esigere i 61 mila franchi in capitale. La signora de Pouilly è gratificata del dritto di non restituirli; sono questi due correlativi, non già due identità. Veggo rispettivamente due negazioni simultanee, mentrechè in una sostituzione occorrono due fatti affermativi e successivi.

152. Su queste ragioni l'arresto della corte di Nancy, emesso in data de' 18 di marzo 1833 respinge il sistema della sostituzione, ed è così concepito.

« Considerando, che guardando la disposi« zione sotto l' aspetto di un legato di libe« razione, bisogna prima di tutto esamina« re, se i legatari erano veramente debi« tori della somma di 61 mila lire di Francia

(1) Pothier, *Oblig*, n. 571.
(2) T. 1, art. 40.

(3) *De retractu conventi*, p. 762, n. 25.
(4) *Ibid.*, p. 771, n. 60.

« dovuti al Conte de Custioe dalla casa di « Poully;

« Che la Baronessa de Poully si era obbligata unitamente con suo marito, e solidalmente per una parte, verso il Conte de Custine; che inoltre i figli della Baronessa de Poully, contro de' quali si chiede ora il pagamento della detta somma di 61 mila lire, erano, come rappresentanti del padre loro, debitori principali di questa somma ».

« Che il Conte de Custine nel chiamare la Baronessa di Poully ed i suoi figli a raccorre il legato, ha gratificato della remissione del debito soli coloro, che esclusivamente e per lo intiero n'erano debitori; che del resto vanamente si vorrebbe sostenere, che il testatore ha inteso di creare un ordine successivo tra la Baronessa di Poully ed i suoi figli, ed istituire quella in prim'ordine ».

« Che secondo la famosa costituzione di Giustiniano, che forma la legge 4 del Codice *De verborum et rerum significatione*, la disgiuntiva O dev'essere presa qui nel senso della copulativa E, perocchè si applica alle persone e non alla cosa; e che perciò non bisogna esitare a riguardare la Baronessa de Poully ed i suoi figli come simultaneamente gratificati.

« Considerando, ch'essendo ciò ammesso, resta da esaminarsi se questo legato di liberazione contiene una sostituzione vietata dalla legge di ottobre 1792. »

« Che il testatore volendo discaricare condizionalmente la Baronessa di Poully ed i suoi figli dall'obbligazione di restituirgli la somma di 61 mila lire, non aveva bisogno di sostituirli al credito di questa somma, che alla sua morte lasciava nella sua successione, raccolta da sua figlia la Baronessa d'Absac; che tra i mezzi di estinguere questa obbligazione, di cui parla l'articolo 1234 del Codice Napoleone, in tutto conforme al dritto antico, niente l'obbligava a scegliere con preferenza la confusione, ed a fare passare il suo credito sulla testa de' suoi debitori nel fine di cumulare nelle loro persone le qualità di creditori e di obbligati; che gli bastava di limitarsi ad una semplice remissione del debito, mezzo differente dalla confusione, ma non meno energico; che questo è ciò, ch'egli ha fatto con la disposizione attaccata, la quale sanamente interpretata nel senso dello articolo 1892 del Codice Napoleone, e spogliata delle espressioni inesatte, che vi si trovano, non presenta verun altra cose, che una dispensa dal restituire la somma dovuta; che così il credito di 61 mila lire sulla casa di Poully non è passato al di là della successione legittima del conte di Custine; che si è estinto con la Contessa di Absac, e che non è venuto a trovare il legatario, e porsi nelle sue mani; »

« Che da ciò derivano due conseguenze rimarchevoli, che tolgono al legato di liberazione, di cui si tratta, il carattere di sostituzione, che gl'intimati vorrebbero attribuirgli; »

« Che in effetti ed in primo luogo il dritto raccolto dalla Baronessa d'Absac e quello, del quale i legatari hanno profittato, non hanno tra loro quella identità di natura, che caratterizza la sostituzione; che il primo era un credito di 61 mila lire, il secondo la distruzione radicale di questo credito; quello comprendeva qualche cosa d'attivo, questo qualche cosa di negativo; l'uno faceva nascere un azione, l'altro una semplice eccezione pereatoria; »

« Che in secondo luogo si è sopratutto rilpito della impossibilità di trovare nel legato in quistione il peso di restituire, che costituisce uno degli elementi della sostituzione, e che secondo l'Ordinanza del 1747 (art. 40 t. 1), non poteva mai aver luogo di pieno dritto, ma doveva realizzarsi per dei mezzi esterni più o meno solenni; che la Contessa di Absac non era incaricata di restituire ai legatari l'istessa somma di 61 mila lire, perocchè secondo l'intenzione del testatore, questa somma doveva essere da essi dovuta nel momento dell'edempimento della condizione, e non è mai stata nella successione; che ella non era incaricata di restituire loro un titolo, perchè i legatari non ne avevano di bisogno, e trovavano il loro nel testamento: che infine non era incaricata d'investirli del credito, perchè mercè la remissione contenuta nel legato, questo credito era annullato di pieno dritto nel momento dell'avveramento della condizione; che perciò non vi era nulla da restituire, e che l'emolumento del legato perveniva alla Baronessa di Poully ed a' suoi figli non pel fatto intermediario dell'uomo, sempre richiesto in materia di sostituzioni, non per una tradizione reale o finta, perciocchè non vi era nulla da consegnare, ma per un fatto di estinguimento operato *ipso jure*, in virtù della sola forza, annessa dalla legge alla remissione del debito »

« Che nell'interpretazione delle leggi proibitive delle sostituzioni tutto è di rigore e di stretto dritto; che ove non s'incontra in una maniera precisa e specifica le condizioni e le forme di un fedecommesso vietato, non vi è luogo di pronunziare la nullità della disposizione, sia sotto pretesto di equipollenti, sia col mettere nel luogo de' fatti della causa un circuito di azioni e di finzioni, che la legge respinge. »

« Che importa poco, che l'interesse materiale, ricavato dai legatari, sia presso a poco la medesima cosa, che se vi fosse stata sostituzione di una somma di 61 mila lire; che basta di considerare, che i legatari erano

Digitized by Google

« nel tempo stesso debitori di questa somma, « la quale non è mai entrate nella successione « del conte de Custine; che la contessa di Ab- « sac non aveva contro di loro, che un credito « ed un' azione, e che per liberarneli, il testa- « tore ha trovato in un legato di liberazione « de' mezzi semplici e diretti, che non hanno « nulla di comune con le molle ed i giri, che « la sostituzione mette in gioco. »

« Che indarno si oppone a questo sistema, « che la contessa di Absac avrebbe potuto, « mentre la condizione ere ancora in sospeso, « esigere il pagamento della somme di 61 mila « franchi, e che allora la disposizione avrebbe « evidentemente contenuta un peso di conser- « vare accompagnato da un peso di restituire;»

« Che non è esatto di dire, che le somma « avrebbe dovuto essere pagata *pendente con- « ditione*; che ponendosi al di fuori delle leg- « gi romane, la cui contrarietà si palesa nelle « leggi 5 del Digesto, *De doli et metus exce- « ceptione*, e 36 del Digesto *De rebus creditis*, « ed interrogando la volontà del testatore, si « vede, che il Conte de Custine intendeva, che « la somma di 61 mile franchi fosse un credito « nel momento della verificazione della condi- « zione, e che egli ne liberava la Baronessa « de Poully ed i suoi figli, solamente perchè « supponeva, che sarebbe dovuto in morte di « sua figlie: che l' affezione, che portava ai « legatari, non permette di ammettere, che « nella critica posizione in cui si trovaveno « per l' emigrazione, abbia autorizzata sua fi- « glia ad astringerli ed an pagamento provvi- « sorio e condizionale; che questa doveva con- « tentarsi degl' interessi, e che le ere necessa- « riamente interdetto di cambiere lo stato delle « cose, regolato del testatore, la cui previden- « za aveve cercato di conciliare i dritti della « Contessa d' Absac con le sue amicizia per « la famiglia de Poully, differendo il paga- « mento della somma dovuta sino al momento, « in cui la condizione venisse e mancare;

« Considerando, che ammettendo, che vi « fosse dubbio sulla quistione, se le disposizio- « ne. di cui si tratta, racchiude necessarin- « mente una sostituzione proibita, tale dubbio « deve risolversi e favore della disposizione, « giuste le massima del dritto romano, speciel- « mente introdotte pei testamenti, *in ambi- « guis decidi oportet, ut magis valeat quam « pereat dispositio* (l. 12, D., *De rebus du- « biis*); che perciò baste, che le clausola del « testamento relativa al legato fatto alla Baro- « nesse de Poully posse essere ragionevolmente « interpretata in un senso, che non presenta « una sostituzione vietata, come si è fatto con « gli autori e le giurisprudenze, onde le di- « sposizione venge dichiarata valide, anche « perchè non si presume mai, che il testa- « tore abbia voluto fere quello, che la legge « vieta, e che produrrebbe l'annullamento della « sua volontà.

« Attesochè le causa così esaminata nel me- « rito diviene inutile di esaminare il merito « della proposta eccezione di prescrizione. »

« In quel che concerne le spese; »

« Considerando, che debbono essere a cari- « co del soccumbente; »

« Per questi motivi »

« Le Corte pronunziando sull' appello della « Sentenza renduta dal Tribunale civile di « Montmédy il 24 di maggio 1832, annulla « l' appello e quello di cui è appello, ed emen- « dando, discarica gli appellanti dalle condan- « ne, contro di loro pronunziate; in principale « ordina, che lo stato di collocazione di di- « stribuzione della rendita, di cui si tratta, re- « datto dal signor Presidente del Tribunale di « Montmédy, Giudice commessario nominato « a quest' effetto, sarà riformato nella parte, « nella quale gl' intimati sono stati collocati « per la somma di sessantuno mila franchi, « dice ed ordine, che saranno rigettati della « detta distribuzione. Condanna gl' intimati « alle spese della causa principale e di appel- « lo, ordine la restituzione dell' emmenda de- « positate; dà atto di seconda contumacia con- « tra la signora Guiot nella sua qualità, e per « profitto dichiara il presente arresto e lei co- « mune. »

Fu diretto contro di quest'arresto un ricorso in cassazione, ma venne rigettato dalla camera dei ricorsi (1).

153. Il signor Bayle Mouillard ha nonpertanto opinato nelle sue note al signor Grenier, che questo rigetto non esclude un oblio dei principî rigorosi del dritto (2), sconosciuti per causa del favore della liberazione. Vede un indizio di questo sconoscimento dei principî nell' imbarazzo estremo, col quale l' arresto di rigetto è motivato. Avrei desiderato, che il signor Bayle Mouillard avesse fatto conoscere quali sono i principî rigorosi di dritto, dei quali l'arresto di Nancy presente la violazione. Ma egli non si è spiegato intorno a ciò, e forse gli sarebbe riuscito difficile di giustificare la sua proposizione in presenza di questo arresto, che confessa di essere stato redatto con molta cura. Circa la brevità dell' arresto della Corte di Cassazione, il signor Bayle-Mouillard s' ingenna nel vederci una pruova di imbarazzo. Il signor Lebeau relatore e redattore di quest' arresto, aveva per sisteme di adottare le formole più rapide e più brevi. Posso parlarne con cognizione di cause, io, che sono stato suo collega nella camera dei ricorsi per lunghi anni. Tutti i suoi arresti sono redatti in questa forma nemica degli sviluppamenti e delle dimostrazioni. Il che non era

(1) Dalloz, 36, 1, 147.

(2) T. I, p. 233, nota.

Digitized by Google

da sua parte un segno d' impotenza o d' imbarezzo, ma era la disposizione del suo ingegno pronto, agile e nondimeno sensatissimo. Il carattere degli uomini spiega sovente molte cose, e rende inutili molti commentari fatti da lontano.

154. Giungiamo ad un altro caso, e parliamo della facoltà di scegliere nelle sue analogie con la sostituzione vietata.

Essa praticavasi di due maniere, talvolta il testatore istituiva erede colui, che un terzo era chiamato a scegliere tra più individui designati; talvolta dopo di avere istituito un erede, lo si gravava di restituire la cosa a colui, che avrebbe scelto tra più persone indicate. L' uno e l' altro modo erano frequentemente usati tra coniugi, ed era una energia conceduta alla podestà dei genitori, perocchè lo sposo sopravvivente investito del dritto di scegliere tra i figli, aveva su di loro maggiore autorità.

La legge del 17 nevoso anno II non fu favorevole alla facoltà di scegliere; che anzi taluni scrittori hanno opinato, non dover essere considerata autorizzata sotto il Codice Napoleone (1), essendo contraria alla purità dei principi (2) sulla certezza delle persone gratificate. E non pertanto sarebbe singolare, che noi fossimo a tal riguardo più severi dei Romani, così dediti al formalismo in materia di testamenti. Quando si parla della purità dei principi, si oblia, che essi condannano i soli legati, nei quali la scelta delle persone non è per nulla limitata, e non già quelli, nei quali questa scelta è ristretta in una certa classe di individui chiamati sotto condizione (3). Per lo che pensiamo, che la facoltà di scegliere non ha in se nulla di contrario alle leggi, e vediamo nel dritto romano e nell'ordinanza del 1735 la ragione scritta, tale quale si è mostrata ai Cai, agli Ulpiani, ai Papiniani, ai d'Aguesseau.

Solamente se la facoltà di scegliere è unita ad una sostituzione vietata, come ciò può avvenire nel secondo caso, caderà non come facoltà di scegliere ma come sostituzione. Per pruova della quale proposizione ricordiamo la seguente specie.

La signora di Trobiant aveva fatto un testamento, nel quale leggevasi la clausola, che siegue:

« Dichiaro di legare a mio marito la piena « proprietà di tutti i miei beni mobili ed im« mobili col peso di disporre e di trasmettere « nel loro stato le tenute di... a quei membri « del mio legnaggio, ch' egli vorrà, e quando « il vorrà. »

Un arresto della Corte di Rennes del 19 di maggio 1849 aveva dichiarato questa clausola nulla, come contenente una sostituzione vietata, e sul ricorso è intervenuto un arresto di rigetto della Camera civile dei 5 di marzo 1851 (4). Il quale arresto sanziona il concetto dello arresto della Corte di Rennes, che aveva veduto nella disposizione 1.° un peso di conservare; 2.° un peso di restituire ad un terzo.

E pertanto anche quando presenterà le apparenze di una sostituzione, si esaminerà se quest' apparenza non è ingannatrice, e se invece di una sostituzione non vi sia piuttosto un semplice mandato, una fiducia (5). La giurisprudenza ne offre degli esempî (6). Si cercherà pure, se il peso di restituire e di scegliere è strettamente obbligatorio, o se non è piuttosto l' espressione di un desiderio. Un testatore aveva istituito un legatario universale, ma l' aveva incaricato di disporre dei suoi immobili a favore dei suoi parenti, scegliendo quelli, che avrebbe creduto più meritevoli. Un arresto della Corte di Aix del 9 febbraio 1841 decise non esservi per questo sostituzione vietata, perchè il peso non era pienamente obbligatorio (7); ed il ricorso prodotto contro di quest' arresto è stato rigettato con arresto della Camera dei ricorsi degli 8 di novembre 1847 così concepito (8); « attesochè il carattere es« senziale delle sostituzioni vietate consiste nel « peso di conservare e di restituire; attesochè è « impossibile di trovare nella clausola litigiosa « una simile obbligazione, poichè è così con« cepita da lasciare tuttaffatto incerta la per« sona del preteso sostituito. »

Si è molto criticata questa ultima considerazione (9), ma combinandola coi fatti del processo, non è forse possibile di sostenerla, dicendo, che tutto il suo significato era di decidere, che il legatario, era piuttosto gravato di un fedecommesso; che la sua scelta non era obbligatoria; che era libero di lasciare giungere la sua morte senza decidere la quistione di merito abbandonata alla sua estimazione? Non è sempre prudente di controllare le estimazioni di fatto emanate dai Magistrati dopo un profondo esame; spesso si rischia d' ingannarsi (a).

155. Si domanda se una clausola d' associa-

(1) Grenier, *Discorsi storici*, ni 56, 57, 58.
(2) Merlin, Repert., v° *Legatario*, § 2, n. 18 *bis*. Rolland de Villargues, *Sostituz. viet* n. 396.
(3) V. *infra* ni 544 e seguenti n 548.
(4) Devilleneuve, 1851, 1, 261. Dalloz, 51, 1, 104. Giornale *del Dritto*, 22 Marzo 1851.
(5) Sopra ni 109 e 110.
(6) Nîmes, 17 Agosto 1808. (Devill., 2, 2, 428).
(7) Palazzo, 1841, t. I, p. 689. Devill., 42, 2, 19.
(8) Dritto, 22 Marzo 1851. Dalloz, 51, 1, 103.
(9) Dritto *luogo cit.*
(a) E nonpertanto la critica onesta e rispettosa delle pronunziazioni de' Giudici, quella, che senza nulla detrarre all'augusto carattere della Magistratura, e senza servire ad alcun particolare interesse, à solo per iscopo di ricercare la verità, è una delle più ferme garentie della giustizia. Non è più dubbio, che la pubblicità de' giudizi sia un mezzo indispensabile ad ottenere e che le parti siano più circospette nell'esercizio de' propri diritti, ed i Magistrati più attenti e più accurati nel giudicare. Ma

zione in una istituzione contrattuale può essere messa sulla linea di una sostituzione. Parleremo più basso di questo caso (1).

156. Dopo di avere percorso differenti casi, che dimostrano come non si deve lasciarsi ingannare dalle apparenze di sostituzione, mostriamo ora per lo contrario che quando risulta necessariamente dalla disposizione un peso di conservare e di restituire, la disposizione deve essere annullata, benchè non vi sia una sostituzione letterale.

Questa regola non è meno importante della precedente, perocchè se da una parte bisogna rispettare la volontà dell' uomo, quando è legale, bisogna dall' altra assicurare l' esecuzione della legge, e non permettere, che venga violata per mezzo di travestimenti. La missione del giudice è una missione di verità, che deve rimanere inaccessibile a' sotterfugi.

La consuetudine di Auvergne, che proibiva le sostituzioni testamentarie (2), aveva preveduto, che si sarebbe cercato di eludere tale divieto. Epperò diceva: « La sostituzione di « erede fatta in testamento o altra disposizione « di ultima volontà non ha luogo, nè vale affat« to sotto forma di legato o altrimenti *in qua« lunque maniera si sia.* » Il Codice Napoleone non si è espresso in un modo così categorico. Ma forse non ve n' era necessità, dapoichè il buon senso indica sufficientemente, che ciocchè non vale per sè, non può essere validato dall' impiego di mezzi indiretti e di fraudolenti travestimenti.

157. Niente più differisce dalla sostituzione, quanto i legati fatti sotto una condizione sospensiva o risolutoria. «Lego a Paolo, s'è fatto console. » — Lego 100 franchi a Tizio, e se la raccolta è abbondante, il legato sarà risoluto. « Nè nell' uno nè nell' altro caso si trovano quest' ordine successivo e questa doppia donazione, che formano il principale carattere dei fedecommessi vietati: in una parola quel peso di conservare e di restituire, che n' è il segno apparentissimo. Senonchè è facile di dissimulare una sostituzione sotto la forma di una disposizione condizionale. Prendiamo dapprima per esempio una condizione sospensiva congiunta ad una istituzione, e che forma necessariamente, comunque non esplicitamente, una sostituzione.

Lego a Tizio la mia tenuta Appia per l'epoca della morte del mio erede.

La legge 4, D., *Quando dies legi ced.* decide, esser questo un legato condizionale, perchè vi è sottintesa questa condizione, se Tizio sopravvive al mio erede. La legge 79, § 1, D., *De cond. et demonst.* racchiude la medesima decisione.

Per lo che si può pensare dopo uno sguardo superficiale, che la disposizione deve sostenersi a titolo di legato, e che non cade nel vizio di fedecommesso vietato. Nopertanto la verità si è, che vi è sostituzione, perocchè l' erede è gratificato in primo ordine, e Tizio in second' ordine; entrambi sono gratificati della medesima cosa, ma in un ordine successivo, e la morte dell' erede forma il momento decisivo, in cui il chiamato prende il posto dell' istituito. Forse non sono questi i veri caratteri delle sostituzioni? Non si potrebbe fare valere queste disposizioni, che col sottintendere, oltre la condizione di sopravvivenza, questa seconda condizione, se il mio erede non aliena, e se resta qualche cosa. Ma questa trasformazione del fedecommesso in sostituzione *si quid supererit* ci sembra puramente cerebrina (3), e sebbene adottata dal signor Toullier (4), noi la respingiamo, perchè non potrebbe sostenersi, che prestando al testatore una intenzione non espressa, una intenzione, che non risulta necessariamente dalla disposizione. Col dire lego a Tizio la mia tenuta, e col non subordinare tal legato, che ad una sola condizione, quella della sopravvivenza di Tizio all' erede, il disponente ha per conseguenza esclusa ogni altra modificazione della sua gratificazione. Ha voluto, che se Tizio sopravvivesse, avesse la tenuta Appia, e per conseguenza ha gravato il suo erede dell' obbligazione di conservargliela e di restituirgliela, verificandosi tal caso. Ogni altra supposizione ci sembra una violazione della massima, *nemo sine voce dixisse existimatur*, e di quest' altra, *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (5).

158. Ciò ci serve per risolvere una questio-

quantunque la legge sia giunta a stabilire la pubblicità nel procedimento e nella pubblica discussione, la pubblicità della votazione non può stabilirsi senza compromettere la dignità del Collegio, i cui componenti è pressochè impossibile, che talvolta non cedano a quelle piccole suscettibilità, che involontariamente si destano nel caldo d'una discussione.

A questo difetto necessario di pubblicità nella parte, forse più importante, del rito giudiziario provveda l'imposto ragionamento delle Sentenze, ma questo ragionamento produrrebbe la metà dell'utile, di cui è fecondo, se non fosse permesso di analizzarlo. Il pensiero, che quel che si scrive, può essere anatomizzato, decomposto, e ridotto agli elementi semplici, che van pesati nella bilancia della giustizia, ha gran forza per destare l'attenzione del giudicante, e spingerlo ad un esame approfondito della materia, su cui deve pronunziare. Che se delle particolari circostanze di fatto hanno influito nella decisione, esse debbono essere accuratamente rilevate come principali elementi della Sentenza emessa. Così chi nell' interesso eminente della verità giuridica controlla la Sentenza, non corre rischio d' ingannarsi, nè il potrebbe, che per effetto di una omessione o di una reticenza, che vizia essenzialmente il ragionamento, lo rende monco, e lo allontana dal fine, cui è diretto.

Il traduttore.

(1) V. *infra* sull'art. 1082.

(2) Cap. 12, art. 53. Coquille sul Nivernese, cap. 33, art. 10. Aggiungi Borbonese, art. 34.

(3) Energica espressione del Presidente Fabro.

(4) T. V, n. 47.

(5) L. 25, § 1, D., *De legat.*, 3°.

Digitized by Google

ne esposta da Grenier (1), e che aveva divisi gli animi sotto le consuetudini del Borbonese e di Auvergne; consiste nel sapere, se vi è sostituzione proibita nel testamento di un marito, che avesse istituito sua moglie nel caso che i loro figli le premorissero, vale a dire nel caso, che ella sopravivesse a' figli comuni.

Chabrol (2) ed Auroux (3) ci fanno sapere, che delle antiche sentenze avevano veduto in una tale disposizione una sostituzione occulta e non pertanto realissima, ma che più tardi la giurisprudenza cambiò, di talchè l' opinione dominante era, altro non esservi, che un legato condizionale.

Pensiamo col signor Grenier (4) e col signor Rolland de Villargues (5), che la verità non è da questo lato, e che la sostituzione è evidente. Bisogna mettersi nel posto dei legisti di Auvergne e del Borbonese, i quali al cospetto dell' universalità dei costumi e delle pratiche francesi, eminentemente favorevoli ai fedecommessi, erano quasi soli contro di tutti nell' avversione dei loro statuti locali contro le sostituzioni. Non è forse naturale, che l' opinione esterna sostenuta con la persistenza del dritto romano abbia alla lunga vinta la loro? Al dì d' oggi le sostituzioni sono in opposizione coi nostri costumi; nulla ci obbliga a piegare innanzi ad esse, nè vogliamo ammettere maggiori sforzi per escludere una sostituzione che esiste, che per stabilire delle sostituzioni, che in effetti non vi sono. Che cosa qui si vede? I figli, che raccolgono dapprima, e trasmettono poi alla madre dopo la loro morte. Un ordine successivo è basato sull' incarico di conservare e restituire. È vero, che i figli sono messi soltanto nella condizione, e che non sono chiamati espressamente, ma è evidente, essere questa forma un giro adoprato per mascherare la sostituzione, e che nel fatto i figli sono realmente gratificati (6) (a).

159. Bisognerebbe rendere una simile decisione nella specie seguente? «Lego i miei beni a Paolo, se dopo la mia morte i miei figli muoiono in minorità. » Non esito un istante a pensarlo, dapoichè anche qui incontro un ordine successivo ed un peso di conservare e di restituire. Si vede, che il padre non si è contentato di regolare la sua propria successione, ma ha voluto regolare ancora quella de' suoi figli, e dare loro un erede nel caso, che morissero in istato di minorità (b).

Stupisco perciò, che i signori Grenier (7) e Rolland de Villargues (8) che hanno così bene scoperta la verità nella specie precedente, non l' abbiano veduta in questa, e che abbiano la condiscendenza di trovare valida una simile disposizione. Che importa per la soluzione, che il fedecommesso, di cui si tratta, limitando la condizione della morte alla minor età, lascia pendere sulla proprietà una men lunga incertezza del caso, in cui la morte non è subordinata ad un' epoca fisso? Vi è forse per questo minor ordine successivo e peso di conservare e di restituire? (9)

160. È pure un legato condizionale, che contiene una sostituzione implicita, ma necessaria, questo, che siegue. Dono a mia sorella

(1) Osserv. prelim., n. 9 (ed. di Bayle-Mouillard, t. I, pag. 210.
(2) Sul cap. 12 art. 55 della Consuetud. di Auvergne.
(3) Sul Borbonese, art. 324, n. 19.
(4) *Luogo cit.*
(5) N. 87.
(6) Sopra n. 109.
(a) V. le mie note al n. seguente.

Il traduttore.

(b) Per l' art. 945 delle nostre Leggi civili il padre, la madre, gli altri ascendenti, gli zii, le zie, i fratelli e le sorelle possono sostituire ad un minore di anni 18, nel caso, che questi muoia senza figli prima di compiere gli anni 18, una terza persona, ma in que' soli beni, ne' quali sia stato il minore lasciato erede.

Il caso proposto in questo numero 159 è quasichè simile a quello preveduto con l'articolo succitato, se non chè manca nel primo la clausola dell' inesistenza de' figli, ed il tempo della sostituzione è protratto oltre i 18 anni sino alla minore età. Sarebbe dunque valida la disposizione, ove i figli morissero senza posterità prima de' 18 anni?

La volontà del testatore è legale sino ad un certo punto; diviene illegale da questo punto in poi. Or non è egli giusto, che la sua volontà legale abbia la sua plena esecuzione, e rimanga sola ineseguita le sua volontà illegale? Oltre la regola generale, che impone l' interpretazione de' testamenti nel modo che possono avere un' esecuzione, anzichè nell' altro in cui rimarrebbero annullati, l'art. 943 di questa medesima Sezione *Delle sostituzioni fedecommessarie* ci fornisce un argomento particolare per sostenere la parte legale della sostituzione, dapoichè dichiara, che la istituzione o il legato, ch'è la parte legale della disposizione, non debba rimanere pregiudicata dalla sostituzione, ch'è la parte illegale, e perciò nulla. Il testatore ha oltrepassato la misura della legge; è questa una ragione per punirnelo con l' annullare anche quello, che la legge ha dichiarato valido? La pena sarebbe pronunziata ed applicata dal Giudice, che usurperebbe la più gelosa facoltà del legislatore.

D' altronde non si può dubitare della volontà del disponente, perchè il caso più particolare della morte prima de' 18 anni e senza figli è indubitatamente compreso nell'altro più generale della morte a 21 anno e con figli o senza.

Tali considerazioni ci conducono ad emettere un simile parere pel caso della istituzione della madre, se sopravvivesse ai figli, del quale il nostro autore ha trattato nel numero 158 Questa disposizione, eccedente la capacità del testatore, dovrebbe essere ridotta alla sua giusta misura, ma conservata ne' limiti di questa, tantopiù che il testatore, potendo liberamente disporre della metà de' suoi beni, ha dato a sua moglie molto meno di quello che avrebbe potuto darle, ed ha dato ai figli quel, che loro avrebbe potuto torre.

Il traduttore.

(7) *Luogo cit.*, n. 9.
(8) N. 88.
(9) Bayle-Mouillard su Grenier, *luog. cit.*, pag. 217. Dalloz, t. XII, p. 192, n. 2. *Infra* n. 181.

Digitized by Google

Apollina Giorgia otto vigesimi, e se muore senza figli gli otto vigesimi apparterranno a mia nipote, ecc. (1). In verità la parola *sostituisco* non è pronunziata nel testamento, ma la cosa vi è in tutta la sua enormità, perchè si vede una chiamata di molt' individui in un ordine successivo, un peso di conservare e di restituire, un erede dato all' istituto, o per dir meglio un secondo erede, disposto a scala dopo del primo, e dovendo ricevere pel suo intermedio ed alla sua morte.

161. Pertanto ecco una condizione risolutoria adoprata per dissimulare una sostituzione sotto forma di legato condizionale.

« Lego a Tizio l' universalità de' miei beni, « e se viene a morire senza figli, il legato sarà « risoluto. »

Nel rigore de' termini apparenti questo non è altro, che un legato risolubile sotto condizione. Non vi è in vero, che un legatario, non vi è un secondo donatario nominato, e se il legato è risoluto, ritornerà agli eredi *ab intestato*, che ripetono la loro chiamata non dal defunto ma dalla legge. Del resto importa poco, che pendente il tempo della sospensione, il legatario non poss' alienare irrevocabilmente, perchè è questo l' effetto di tutte le condizioni risolutorie e del principio *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Per le quali ragioni ed altre simili Chambrol si pronunziava nell'antica giurisprudenza d' Auvergne contra la sostituzione (2). Ma abbiamo detto a qual'influenza esteriore cedevano a loro insaputa i Giureconsulti commentatori delle rare consuetudini, che in altri tempi respingevano le sostituzioni (3). In quanto a noi, che vediamo le cose sotto un altro aspetto, convenghiamo, che una tale disposizione presenta necessariamente gli stessi risultamenti di una sostituzione, e non è, che un mezzo da eludere la legge. Vi si vede di una maniera implicita Tizio, che raccoglie in prim' ordine, e ch' è gravato del peso di conservare e di restituire agli eredi *ab intestato* nel caso che muore senza figli. I beni sono evidentemente colpiti d' indisponibilità durante la vita di Tizio, e tutte le alienazioni, le ipoteche ecc., che potesse consentire su di essi, sarebbero risolubili *ex causa antiqua*, se la condizione si verifica. Vi è del pari un ordine successivo stabilito, e gli eredi *ab intestato* del testatore, spogliati dall' istituzione di Tizio, vengono a riprendere il loro diritto in detrimento degli eredi, che quest' ultimo avrebbe potuto fare. Indarno si obbietterebbe, che gli eredi *ab intestato* del disponento non ripetono la loro chiamata dal testatore, ma dalla legge, perchè è per lo contrario evidente, che ripetono la loro chiamata dal testamento, perciocchè questo testamento, che dapprima gli aveva diredati, che aveva loro preferito Tizio, li richiama, e li reintegra per mezzo di una combinazione, che riposa intieramente sulla volontà del defunto. Che importa, che non sono nominati? Gli artifizi della forma non potrebbero illudere su quest' omessione calcolata. Ed in effetti se non sono esplicitamente donatari, lo sono per lo meno implicitamente, comechè il testatore dopo di avere loro tolto in favore di Tizio tutt' i diritti, che erano loro legalmente devoluti, fa rivivere questi dritti, riportandosi alla disposizione della legge, che gratifica gli eredi *ipso jure* (4).

Pel dippiù si può riferirsi alle riflessioni più sopra emesse (5) sulla necessità della doppia donazione, affinchè si trovi nel testamento il fedecommesso vietato.

162. Il dritto di ritorno autorizzato dall'art. 951 del codice Napoleone à sovente servito a nascondere delle sostituzioni vietate. Ci distenderemo su tal subietto, quando saremo pervenuti all' art. 951, relativamente al quale le nostre riflessioni saranno meglio disposte.

163. Daremo fine qui alla serie degli esempi, che possono mettere in luce l' art. 896. Potremmo moltiplicarli, ma sarebbe un' ingrandire inutilmente quest' opera. La materia delle sostituzioni comincia ad esaurirsi; la pratica ne diviene meno frequente, e bentosto i fedecommessi vietati saranno nella giurisprudenza quel che sono nella medicina i casi rari.

164. Rimane da dire come opera la nullità pronunziata dall' art. 896 del codice Napoleone.

Ogni sostituzione fedecommessaria si compone, come l' abbiamo detto, di due parti: l'istituzione principale e la sostituzione, che n' è il peso. Ma di queste due parti, l' una, isolatamente presa, non esprime più dell' altra la volontà del testatore, perocchè la sua disposizione si forma dal concorso di entrambi, nè si potrebbe dividerle senza correre il rischio di allontanarsi dalla volontà del testatore. In tale incertezza il legislatore non potendo conoscere questa volontà, ha dichiarato la disposizione intiera nulla e come non avvenuta. D' altronde si vedeva al cospetto di un vecchio ed ostinato abuso, ed ha voluto tagliare nel vivo per abolirlo. D'onde questo rimarchevole risultamento che le altre condizioni contrarie alle leggi sono solamente riputate non scritte (art. 900); *vitiantur non vitiant*, come dicono gl'interpreti, ma la clausola di conservare e di restituire è viziata, e vizia in pari tempo l' istituzione.

(1) Cassaz., Rig., 3 Novembre 1824. (Dalloz, 24, 1, 399. *Giornale del Palazzo*, 18, 1076).
(2) T. II, p. 127.
(3) N. 158.

(4) Angers, 7 Marzo 1822. Dalloz, 12, p. 179, n. 2, ed altri arresti ivi riferiti. Il Sig. Grenier e Bayle-Mouillard, t. 1, p. 222 e seguenti.
(5) N. 107.

Digitized by Google

Del resto è inutile di dire che la sostituzione non avvolgerà la nullità de' legati puri e semplici, scritti in buona forma nel testamento (a).

165. Se la sostituzione gravasse solo una parte de' beni donati, la nullità non si estenderebbe a' beni non sostituiti (1). Il che ammesso, una disposizione così concepita: « Istituisco Tizio per mio erede universale, e gli « sostituisco Sempronio per la metà, non sarebbe annullata, che per la metà, ed in quanto all'altra metà non colpita da sostituzione, la disposizione rimarrebbe ferma (2). Codesta opinione è stata combattuta dal Signor Meyer, ch'è di avviso, che la sostituzione è un peso, che affetta tutta la disposizione, e che conseguentemente la disposizione è nulla per lo intiero (3). Ma l'opinione più dolce deve qui prevalere sull'opinione più rigorosa, perciocchè la sostituzione non può comunicare il suo vizio, che alla liberalità, della qual'è condizione.

166. Con tali principî deve regolarsi la seguente ipotesi: «Dono l'usufrutto de'miei beni « a Primo; dono la nuda proprietà a Secondo, « e gli sostituisco Terzo. » Qui la sostituzione è unita all'istituzione fatta a favore di secondo, ed è tuttaffatto estranea al legato di usufrutto fatto a Primo. Per la qual cosa la nullità della sostituzione non affetterà la liberalità, della quale Primo è stato gratificato (4).

167. Del resto bisogna ben far attenzione, se la disposizione impugnata non è, che una vera sostituzione, o se invece è semplicemente una disposizione contraria alle leggi, e considerato come non scritta. La differenza è sensibile, come or ora lo dicevamo (5); nel primo caso sono annullate l'istituzione e la sostituzione, nel secondo solo il peso o la condizione, e la istituzione esiste puramente e semplicemente.

Così un dritto di ritorno stipulato in una donazione a favore di *sè e de' suoi eredi*, contrariamente all'art. 951 del Codice Napoleone, non farebbe annullare tutta la disposizione, sebbene presenta gli stessi inconvenienti delle sostituzioni. Vi sarebbe solo di caduco la riversione agli eredi, la quale sarebbe solamente la clausola contraria alle leggi, e considerata come non scritta (b).

Ma se il dritto di riversione agli eredi fosse stipulato in un testamento, non sarebbe il caso di applicare l'art. 951, perocchè non vi si potrebbe ricorrere sotto di alcun pretesto plausibile. In una disposiziona di questa specie

(a) L'articolo 943 delle nostre Leggi civili dispone in perfetta difformità dall'art 896 del Codice Napoleone, che: « la nullità della sostituzione fedecommessaria « non recherà alcun pregiudizio alla validità della do« nazione, della istituzione, o del legato, cui sta ag« giunta; restando caducate tutte le istituzioni anche « di primo grado ».

Il nostro legislatore non ha creduto, che in questo caso dovesse farsi un'eccezione alla regola contenuta nell'art 816 delle nostre Leggi civili, corrispondente all'art. 900 del Codice Napoleone, cioè che in qualunque disposizione tra vivi o di ultima volontà debbono aversi per non scritte le condizioni impossibili, e quelle, che sono contrarie alle leggi o al buon costume. E sebbene una sostituzione fedecommessaria, aggiunta ad una disposizione tra vivi o di ultima volontà, non possa dirsi propriamente una condizione, n'è però indubitatamente una modificazione; nè v'è ragione per dire, che una condizione contraria alla legge, la quale in sostanza è una disposizione dalla legge condannata, debba essere men rigorosamente trattata di una sostituzione fedecommessaria, ch'è una disposizione dalla legge stessa proscritta. Nell'uno e nell'altro caso il testatore pone a lato di una volontà legale una volontà illegale, o se questa non vale nel primo caso ad annullare l'altra, non deve valere neppure nel secondo.

D'altronde non sembra fondato il dire, che avendo il testatore voluto due cose, delle quali l'una può stare, e l'altra no, debbono rimanere inefficaci tutte due, perchè non si sa quale delle due avrebbe preferita. Imperciocchè è più logico il dire, che il testatore le volle entrambi, e che serbandosi quella, che può rimanere, non solo si esegue una parte della sua volontà, anzichè distruggerla per intiera, ma si rispetta la sua facoltà giuridica, sol distruggendosi quel, che la legge non vuole. Codesto sistema è indubitatamente più liberale.

Oltre di che nelle sostituzioni fedecommessarie l'erede istituito il legatario o il donatario è la persona, che ha il primo posto nelle affezioni del testatore; la sostituzione è dettata da un sentimento di vanità, dall'attaccamento ad un nome, che s'intende perpetuare nella posterità non per virtù propria di quel nome, ma associandolo a de' beni, che per effetto di quest'associazione si sottraggono alla loro destinazione sociale. Con la disposizione il testatore ha seguito i movimenti del suo cuore; con la sostituzione è stato trascinato da un errore dello intelletto. Serbandosi la prima, ed annullandosi la seconda, si corregge l'errore del defunto, e si rispettano le sue affezioni.

Il traduttore.

(1) Grenier, *Osserv. prelim.*, n. 4. Toullier, t. V, n. 14.

(2) *Ibid*, ed arresto di Bruxelles de' 14 luglio 1808, riferito da Merlin, Repert., v° *Sostituz fedecom.*, sez. I, § 14, n. 3.

(3) La Temi, t. VI, p. 35.

(4) Bayle-Mouillard, t. 1, p. 182, 183, note.

(5) N 164.

(b) Per l'art. 875 delle nostre Leggi civili può stipularsi la riversione delle cose donate anche a favore degli eredi del donatario nel caso, in cui questi venga a morire senza prole in qualunque tempo L'art 951 del Codice Napoleone permetteva questa riversione a solo beneficio del donante nel caso, in cui premorisse il donatario al donante, ed anche nell'altro in cui premorissero al donante anche i discendenti del donatario. Presso di noi è adunque indubitato, che posso donare a Tizio con donazione tra vivi il fondo Corneliano con l'obbligo, che morendo senza prole in qualunque tempo debba restituirlo a' miei eredi. Ma potrei fare lo stesso con atto di ultima volontà?

Pare di no, imperciocchè il ritorno de' beni al donante o a' di lui eredi è una eccezione alla libera disposizione de' beni da parte del donatario ed alla loro trasmessione a' di lui eredi, conseguenza necessaria del dominio, che l'erede istituito o il legatario per la morte del testatore ha irrevocabilmente acquistato. Ora questa modificazione della trasmessione del dominio nel beneficato operata per mezzo dell'atto di liberalità non può aver luogo fuori de' casi, ne' quali la legge l'ha espressamente autorizzata.

Il traduttore.

Digitized by Google

bisognerebbe vedere una sostituzione nascosta sotto di una forma capziosa e dichiararla nulla.

168. Dobbiamo ora occuparci delle eccezioni dell'abolizione della sostituzione; se ne contano quattro:

1° Nel caso di maggiorato, come lo dice il §. finale del nostro articolo.

2° Nel caso preveduto dalla legge dei 27 di Maggio 1826.

3° Nei casi degli articoli 897 e 1048 del Codice Napoleone, che autorizzano le sostituzioni officiose.

4° Nel caso dell'art. 898, che conserva l'uso delle sostituzioni volgari.

Ci occuperemo degli ultimi due casi nel commentario degli articoli 897, 898, e 1048 del codice Napoleone. Diciamo ora qualche cosa delle sostituzioni stabilite nel caso di maggiorato e di quelle, che la legge dei 27 di Maggio 1826 ha autorizzato.

169. L'imperatore Napoleone 1.° nel costituire una nuova monarchia, aveva voluto aggiungere allo splendore del suo Trono quello di una nobiltà fondata su de' grandi servigi resi al paese. Il quale pensiero piaceva alla Francia, ove l'amore delle distinzioni non è minore dell'amore dell'uguaglianza. Invano la rivoluzione aveva abolito l'antica nobiltà e proscritto i titoli con coloro, che li portavano. I titoli saranno sempre una seduzione ed un allettamento per lo spirito della nostra nazione. E di già l'Imperatore si era convinto mercè l'istituzione della Legione di Onore, che i costumi francesi accordano ben presto il favore della popolarità alle distinzioni, che sono offerte e tutt'i meriti, e che si dirigono all'emulazione senza guardare il privilegio. Onde progredì in quest'ordine d'idee, creando la sua nobiltà imperiale, che fu la nobiltà dei brillanti servigi, il prezzo del merito e del sangue versato. Però questa nobiltà una volta costituita ed accettata dalla Francia, dovensi necessariamente farla entrare nelle vie delle sostituzioni per conservarla nel suo lustro e nella sua grandezza? L'Imperatore lo pensò, e fu stabilito col Senatusconsulto de' 14 di Agosto 1806 e col Decreto del 1° di Marzo 1808, che un Capo di famiglia potrebb'essere da lui autorizzato e fondare un maggiorato e soggettare a sostituzione beni liberi, sui quali questo maggiorato sarebbe basato, a favore della sua discendenza di maschio in maschio e per ordine di primogenitura.

Notiamo qui, che mentre nell'antico regime il dritto di creare un ordine successivo eccezionale per mezzo della sostituzione era abbandonato al libero arbitrio di tutti i padri di famiglia, il maggiorato, molto differente, non poteva esistere nel sistema imperiale, che per una espresse concessione del Capo dello Stato, accordata con accurata conoscenza di causa. Nel che rattrovavasi un preservativo contro dei grandi abusi, ed i maggiorati erano degli accidenti troppo rari per pregiudicare il bene generale. Nè può negarsi, che non abbiano contribuito a mantenere con onore qualche bel nome del regno di Napoleone 1.°

Però non c'illudiamo intorno a delle verità severe. Tutta l'arte dell'uomo per eternizzare le case non impedisce a Dio di rovinarle (1); il che si è veduto in tempi, in cui le istituzioni erano più stabili, che ne' nostri. D'altronde le sostituzioni non hanno mai impedito i debiti la cattiva condotta ed il disprezzo, annessi alle dilapidazioni ed alla mancanza di fede. Per lo che vi è qualche cosa, che ha più forza dei maggiorati per circondare la nobiltà del pubblico rispetto. Volete voi mantenere l'agiatezza ed il lustro nelle case? Serbatevi l'ordine, l'amore del dovere, i costumi, e l'economia. Contate pure sui ricchi matrimoni, che sono un altro potente mezzo di riparare certi rovesci, o di lottare contro l'azione delle divisioni delle successioni. Non si preste molt'attenzione a questa ricomposizione delle fortune per mezzo dei matrimoni, ed all'influenze riparatrice, che esercita sulla durata delle famiglie. Ora che il lavoro ha conquistato i suoi titoli di nobiltà, non si contraggono più cattivi parentati, quando si cercano opulenti doti, acquistate per mezzo di onesti e fortunati lavori.

170. Checchè ne sia, i maggiorati essendo stati stabiliti (2) la restaurazione li legò all'instituzione della Camera de' Pari (3).

Quelli, la cui esistenza è stata ammessa, si sono sinora conservati a traverso del progresso della nostra società verso le democrazia. Sono inalienabili, nè possono essere obbligati nè pegnorati(4). Le rendite sono insequestrabili, tranne che in certe proporzioni precisate(5).

Originariamente erano affetti da una sostituzione perpetue da maschio in maschio a favore del primogenito (6), ma una legge dei 12 di maggio 1835 ha voluto, non potersi estendere al di là di due gradi, non compresa l'istituzione (7). Si è creduto necessario di arrestare nel loro corso queste creazioni eccezionali, contrarie al nostro dritto comune. Si è fatto dippiù: la legge dei 12 di maggio 1835, conservando con le restrizioni, che abbiamo indicate, i maggiorati costituiti, ha vietato di costituirne per l'avvenire (8). La nobiltà france-

(1) Coquille sul Nivernese, t. XXXIII, art. 10.
(2) V. Merlin, Repert., v° *Duca*, n. 6, e *Maggiorato*, § 6; Grenier, t. I, p. 187, edit. di Bayle-Mouillard.
(3) Ordinanza de' 22 Agosto 1817.
(4) Art. 40 del Decreto del 1° Marzo 1808.
(5) Art. 50 e seguenti.
(6) S. C. de' 14 Agosto 1806, ed Ordin. de' 22 Agosto 1817.
(7) Art. 2. Imitazione dell'Ord. del 1747. Sopra n. 91.
(8) V. legge de' 7 di Maggio 1849.

se, straniera peraltro nella maggior parte alla instituzione dei maggiorati, sa di già per l'esperienza di molti anni, che il dritto comune le offre potenti mezzi di conservare ed aumentare la sua ricchezza ed il suo lustro (a).

171. Occorre ora di dire una parola delle sostituzioni autorizzate dalla legge dei 17 di maggio 1826. Questa legge contiene un solo articolo, ch' è così concepito:

« I beni di cui è permesso di disporre giusta « gli art 913, 915, 916 del Cod. Napoleone, « potranno essere donati in tutto o in parte « per atto tra vivi o testamentario col peso di re« stituirli ad uno o più figli del donatario nati « o da nascere sino al secondo grado inclusi« vamente. Saranno osservati per l' esecuzione « di questa disposizione gli articoli 1051 e « seguenti del Codice Napoleone sino all' ar« ticolo 1074 inclusivo. »

Questa legge dovuta al ministero del signor Villele, ed opera del signor de Peyrronet, si lega ad un sistema, che aveva per oggetto di moderare l' azione democratica del Codice Napoleone sulle successioni ; nonpertanto disponeva riservatamente, comechè limitava alla sola porzione disponibile il dritto di fare una sostituzione. Questa legge fece in quel tempo una certa sensazione, ed eccitò più doglianze, che non ne meritava. I pubblici costumi n' erano i migliori correttivi, e l'evento ha provato quanta poca influenza hanno sul movimento democratico dei nostri interessi attuali questi prestiti chiesti alle istituzioni del passato aristocratico della Francia. I padri di famiglia hanno fatto poco uso di questa legge, e le sostituzioni sono appena ricomparse. Del resto la legge dei 7 di maggio 1849 ne ha pronunziato l' abrogazione (1).

ARTICOLO 897 — (942).

Sono eccettuati da' due primi paragrafi dell' articolo precedente le disposizioni permesse ai padri alle madri, ed a' fratelli e sorelle nel Capitolo VI del presente titolo (b).

SOMMARIO

COMENTARIO

172. Si troverà nel commentario degli articoli 1048 e seguenti tutto quello, che concerne questo genere di sostituzioni.

ARTICOLO 898 — (936).

La disposizione, con la quale un terzo sarà chiamato a raccogliere la donazione l'eredità o il legato nel caso, in cui il donatario, l' erede istituito, o il legatario non lo raccoglierà, non sarà considerata come una sostituzione, e sarà valida (c).

SOMMARIO

(a) Parleremo de' maggiorati permessi dalle nostre Leggi civili nella nota in fine del presente Capitolo.
Il traduttore.

(1) V. un arresto della Corte di Parigi de' 23 di Agosto 1850. *Gazzetta de' Tribunali*, n. de' 14 Agosto 1850.

(b) L' art 897 del Codice Napoleone corrisponde all'art. 942 delle nostre Leggi civili, se non che la redazione del nostro articolo è più generale, eccettuando dal divieto delle sostituzioni fedecommessarie i casi, espressamente permessi dalla legge, o salve le disposizioni relative a' maggiorati. Abbiamo trascritto l'art. nella nostra nota alla pagina 44.
Il traduttore.

(c) L' art. 898 del Codice Napoleone corrisponde all' art. 936 delle nostre Leggi civili. Nonostante la diversità della redazione la disposizione de' due articoli è la stessa, permettendosi dall'una o dall'altro la sostituzione volgare. Il nostro articolo aggiunge a dippiù del Codice Napoleone, che la disposizione, di cui tratta, chiamasi *sostituzione volgare ;* ed il seguente art. 937 permette di potersi sostituire volgarmente più persone ad una sola, ed una sola a più. (V. gli articoli nella nota a pagina 43.)
Il traduttore.

179. La sostituzione riprende il suo vigore, quando l'erede minore, avendo accettato, si fa restituire contro la propria accettazione?
180. Ma che si deve decidere nel caso, in cui l'erede è respinto per indegnità? — Differenza nel dritto romano in quanto agli effetti tra l'indegnità e l'incapacità.
181. Della sostituzione pupillare. — Praticatissima nei paesi di dritto scritto, non era di alcun uso ne' paesi di consuetudine. — È stata abrogata dal Codice.
182. È lo stesso della sostituzione esemplare.
183. Della sostituzione *breviloqua*. Oggi si confonde con la sostituzione volgare.
184. Della sostituzione compendiosa. — Ora non può altrimenti valere, che come sostituzione volgare.

COMENTARIO

173. Quel che l'art. 898, non vuole, che si consideri come una sostituzione, è precisamente ciò, che i Romani chiamavano col nome di sostituzione (1). Ma abbiamo più sopra insegnato come il senso di questa parola si era modificata passando nel dritto francese, e come l'uso l'avesa particolarmente applicata alle sostituzioni fedecommessarie, ch' eraon le più frequenti (2). Checchè ne sia l'articolo 898, senza nulla cambiare nel suo pensiero, avrebbe potuto adottare una più dotta formola, di quella, che abbiamo sotto gli occhi. Ed in vero era affatto inutile, che il legislatore dichiarasse, una sostituziona volgare non essere una sostituzione fedecommessaria, perciocchè tutti da molto tempo conoscono siffatta distinzione, e bastava di dire, che la sostituzione volgare (che del resto definiva benissimo) non è proibita.

174. La sostituzione volgare è anche chiamata diretta in opposizione alla sostituzione fedecommessaria, ed obliqua, perchè nella prima il secondo chiamato riceve direttamente e senza intermediario dallo stesso testatore, mentrechè nella sostituzione fedecommessaria il secondo chiamato non riceve, che di seconda mano *obliquo modo*, e dopochè l'altro istituito ha ricevuto in primo ordine e conservato (3). La prima non ha veruno degl' inconvenienti della seconda; non rovescia l'ordine delle soccessioni non tiene in proprietà in sospeso; non la colpisce d'inerzia; è soltanto, come Accursio dice, una seconda istituzione *secunda istitutio*, fatta pel caso, in cui la prima non avesse luogo (4); è semplicemente una istituzione condizionale (5).

175. Si distinguevano in altri tempi cinque specie di sostituzioni dirette: la volgare (6), la pupilla e (7), l'esemplare (8), la reciproca, la compendiosa. Di queste cinque specie di sostituzioni dirette il Codice ha conservata la prima in tutta la sua latitudine. Le due ultime esistono solo con delle gravi modificazioni; la pupillare e l'esemplare sono abrogate. Questo è quello, che spiegheremo.

176. La sostituzione volgare perfettamente definita dal nostro articolo, è quella che surroga o sostituisce qualcuno al donatario all' erede o al legatario nel caso, che questo donatario erede o legatario non possa o non voglia raccorre. Si è chiamata volgare (9), perchè di tutte le sostituzioni dirette era la più ordinaria e più usuale, e che poteva farsi *vulgo*, vale a dire da ogni sorte di persone. Almeno tal è la ragione che i Giureconsulti sogliono dare di questa denominazione (10). Altri hanno preteso, che il nome di volgare le era stato dato, *quia a vulgo non a lege inventa*, per impedire lo effetto delle leggi caducarie (11). Credo, che sarebbe molto difficile di decidere questa quistione di etimologia diversamente, che per verosimiglianza. Sotto di questo aspetto darei la preferenza alla prima opinione, e rifiuterei la seconda senza esitazione, perocchè sono convinto con Cujacio, che la sostituzione volgare riposava sull'autorità conferita al testatore dalla legge delle dodici tavole, e conseguentemente era un atto di dritto civile un atto legale al più alto grado (12).

177. Si vede che la sostituzione volgare ha luogo in due casi: 1.° quando l'erede istituito o il legatario non vuole accettare, il che avviene, quando ripudia; 2.° quando non puole, il che avviene, o quando l'erede muore prima del testatore, o quando diviene incapace o quando la condizione della sua istituzione viene a mancare.

Su di che gl' interpreti hanno agitata una

(1) Sopra n.i 90 e 111.
(2) *Ibid.*
(3) D'Aguesseau, 1.a Arringa nella causa del testamento dell'Abbate d'Orléans.
(4) Sotto la rubrica del C. *De impub. et aliis substit.*
(5) Trentacinquio, *De substit.* (pref. n. 12). Hilliger sopra Doneau, *luogo cit.* n.i 2, 3, 6.
(6) Giustiniano, Instit., *De vulgari substit.* V. ancora Dig., *luog. cit.*
(7) Giustiniano, Instit., *De pupill. substit.* V. pure Dig., *luog. cit.*
(8) Giustiniano, Instit., *De pupill. substit.*, § 1.
(9) Dig., *De verb. signif.*
(10) Cujacio, sulla legge 163, D., *De verb. signif.* Doneao, *Comm.*, lib. 6, cap. 23, n. 18.
(11) V. Hilliger, sopra Doneau, *luog. cit.*, che ricorda questa etimologia.
(12) Cujacio, *luog. cit.* La legge delle XII Tavole diceva: *Dicat Testator, et erit lex.*

quistione, nella cui decisione si trova molta varietà di opinioni, cioè: se il testatore facendo una sostituzione pel primo caso, è presunto di avere sottinteso e preveduto il secondo. Per esempio: « Istituisco Sempronio, e gli sostituisco Cajo, se non vuole accettare. «Si presume di aver io voluto fare la stessa sostituzione nel caso, in cui Sempronio volendo accettare, si trova incapace? L'affermativa è stata insegnata da gravissimi autori (1), e Mantica sembra di non dubitarne (2). Vogliono, che la volgare comprenda insieme il caso della *deficientis voluntatis et potestatis* giusta il loro linguaggio. Si fondano su questa ragione, cioè che il testatore sostituendo volgarmente, ha manifestato sufficientemente l'intenzione di avere un erede di sua scelta, qual che si fosse la cagione, che facesse mancare il primo grado: comechè è dell'interesse del defunto di avere un erede. Citano un numero imponente di leggi romane (3), nelle quali il caso espresso *extenditur ad casum non expressum, si tendat ad eamdem finem*. Nonpertanto questi Giureconsulti convengono, che non potrebbe essere così, se la volontà del defunto fosse manifestamente contraria, come si vede in un esempio preveduto dalla legge 101, D., *De condit.*, *et demonstrat* (4).

L'opinione contraria non manca di difensori. I principali sono Vinnio (5), Fachineo (6), e Ricard (7). Costoro si fondano sul principio, che le condizioni debbono essere eseguite *stricte* e senza equipollenti; tanto più, che sovente le condizioni non sono su di altro fondate, che sul capriccio de' testatori.

In quanto a noi crediamo doverci mettere dal lato della prima opinione, che ci sembra la sola vera, e pensiamo, che all'infuori di una volontà contraria, la condizione nel'a specie deve essere intesa *latius quam verba sonant* (8). Ed in effetti questo è il solo mezzo di favorire la volontà del defunto, che ha chiaramente annunziata la volontà di avere un erede di sua scelta, ed è un penetrare nel suo più verosimile pensiero l'estendere il caso espresso al non espresso. Non è sempre vero di dire, che le condizioni debbano compirsi *stricte*. Le leggi romane ci offrono per lo contrario una folla di decisioni, nelle quali si scorge la volontà del testatore largamente interpretata. Senza dubbio le condizioni debbono essere eseguite *in forma specifica*, e non possono essere ordinariamente supplite da equipollenti. Ma qui non si tratta di sapere, se si può rimpiazzare con un equipollente la volontà chiaramente manifestata dal testatore: si tratta solamente d'interpretare questa volontà e di vedere se ripugna ad un estensione, la quale, comunque non espressa, è nonpertanto conforme al suo spirito D'altronde il principio, che vuole, che la condizione sia adempita *in forma specifica*, è soggetto a dell'eccezioni fondate sulla volontà del testatore, come tutti gli autori lo insegnano, e specialmente Furgole (9) (a).

178. La sostituzione volgare svanisce necessariamente, quando il primo erede istituito ha accettato (10).

Per la ragione contraria essa si verifica quando l'erede istituito ricusa e ripudia, o se muore s'a in vita del testatore, sia dopo la sua morte senza aver potuto esser erede.

Ma che si deve decidere, se muore prima di avere fatto atto di erede? La sostituzione si intenderà aperta? Bisognerà rispondere di no; perocchè basta, che sia morto con la qualità di erede. Gli atti di accettazione importano poco; egli ha trasmesso a' suoi eredi il dritto di adire l'eredità, e questo basta. L'adizione dell'eredità non è necessaria presso noi, come lo era presso i romani per le erede estraneo. Tutti gli eredi sono *suoi*; ed è quello, che decide Doneau relativamente a degli eredi, che nel dritto romano trasmettevano a' loro eredi il dritto di accrescere: dice, che la sostituzione è estinta (11), ed è questo il solo sentimento giuridico.

179. Si domanda, se la sostituzione riprende il suo vigore, quando l'erede minore, avendo accettato, si fa restituire contro la sua accettazione. Furgole (12) è di parere dell'estinguimento della sostituzione, nonostante il principio contenuto nella leg. 24, § 4, D., *De minor.* « *Restitutio autem ita facienda est, ut « unusquisque in integrum jus suum recipiat* » Si fonda sulla legge 7, § 10. D., *De minor.* (13), e sulla massima *qui semel est heres, non potest desinere esse heres*. Imperciocchè, dice egli, la restituzione in intiero non vieta,

(1) Voet, ad *Pand.*, 28, 6, 12. Peregrino art. 11, n. 46. Doneau, *Comm.*, l. 6, c. 24, a. 22. Hilliger, nota 10 ed altri ch' egli cita.

(2) *De conject. ultim. vol* 5, 3, 13.

(3) L. 3, D., *De inoff. testam*, L. 22, D., *ad S. C. Trebellianum*, L. 25, D, *De liberis et posthumis*. L. 3, C., *De instit. et condit.*

(4) Perezio sul C., l. 6, t. 26, a. 3.

(5) *Quaest. selectae.*

(6) *Controv.*, 4, 61.

(7) *Sostit*, a. 207.

(8) *Pand.* di Pothier, t. II, p. 478.

(9) Tom. II, cap. 7, sez. 5, n. 58.

(a) Codesta quistione è stata risoluta dalle nostre Leggi civili, le quali dichiarano nell'art. 938, che « se « nella sostituzione è espresso il solo caso, che il primo « chiamato non possa o che non voglia conseguire la « eredità la donazione o il legato, l'altro caso s'intenderà tacitamente incluso, purchè il disponente non « abbia spiegato il contrario ».

Il traduttore.

(10) L. 5, C., *De impuberes et aliis substit* Doneau, *Comm.*, 6, 24, ai 9 e 10. Mantica, *De conject. ultim. vol.*, 5, 6, 1.

(11) VI, 24, 33.

(12) T. III, cap. 10, sez 1, n. 7.

(13) *Pand.* di Pothier, t. I, p. 151, n. 6.

Digitized by Google

che l'erede non conservi questa qualità, e non opera altro effetto, che di liberare l'erede dai pesi ereditari.

Ma bisogna dire senza esitare, che quest'opinione non è buona, e tal'è il sentimento di Doneau (1), d'Hilliger (2), del Presidente Fabro (3), e di Fachineo (4), n'quali bisogna aggiungere Merlin (5). Ecco il perchè:

E dapprima si presenta un testo importante per mostrare, che l'adizione non estingue irrevocabilmente ed assolutamente il dritto di sostituzione; cioè la novella 1. dell'Imperatore Giustiniano (6). Ed in effetti per questo testo si vede, che la privazione dell'eredità, che incorre l'istituito per la mancanza di adempiere le ultime volontà del moribondo nell'anno dalla sua adizione, apre il dritto della sostituzione volgare. Si comprende tutta la forza dell'argomento che si cava da questo testo, d'onde risulta un'analogia decisiva.

Nè questo è tutto, è chiaro come la luce, che la restituzione dell'erede istituito contra la sua accettazione, facendo rivivere in favore dell'erede *ab intestato* un dritto, che l'accettazione aveva estinto, dev'essere lo stesso per lo sostituto volgarmente.

Infine la restituzione mette le cose al punto, in cui erano prima dell'accettazione, « *restitutio autem facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat* ».

180. Ma che si deve decidere, se l'instituito è respinto per indegnità? Secondo i principi della legislazione romana, che come più basso diremo (7), metteva una gran differenza tra l'indegno e l'incapace, si decideva, che quando l'indegno adiva l'eredità, e che il fisco veniva a togliergliela in pena della sua indegnità, il sostituito essendosi trovato una volta escluso per l'adizione dell'erede, non incapace, ma indegno, non poteva reclamar nulla in pregiudizio del fisco, e che il suo dritto era estinto senzachè potesse rivivere; il che vien detto nella legge 15, D., De S. C. *Silaniano* (8). Papiniano citato da Marciano ne dà questa ragione, che la pena dell'uno non deve servire di ricompensa all'altro. « *Nam poena illius, hujus premium esset non debet* (9). »

Questa decisione potrebbe soffrire molte difficoltà ora, che noi mettiamo poco differenza tra l'indegnità e l'incapacità (10), e crediamo, che l'indegnità dell'istituito apre il dritto del sostituito volgarmente.

181. Parliamo della sostituzione pupillare. La sostituzione pupillare è quella, per la quale un padre fa nel suo proprio testamento il testamento di suo figlio impubere, e gli nomina degli eredi nel caso, ch'essendo divenuto *sui juris*, muore prima di avere compiuta l'età della pubertà (11).

Questa specie di sostituzione introdotta dalla consuetudine, aveva presa la sua origine nella interpetrazione della legge delle XII Tavole. « *Uti paterfamilias legassit super familia pecuniaeve suae rei, ita jus esto* ». I figli sottoposti a questa potestà paterna erano presunti cosa del padre, presso a poco come i suoi schiavi. Da che i giureconsulti avevano concluso con una logica irreprovevole, che il padre poteva dare per testamento un erede a' suoi figli, nel caso che sopravvivendogli, fossero sorpresi dalla morte in istato di pupillarità. Era una previdenza del padre per impedire, che i suoi figli non morissero intestati (12).

I paesi di dritto scritto, imbevuti de' principi del dritto romano, e del pregiudizio sulla morte intestata, avevano ammessa quest'eccezione al principio, *nemo potest alteri facere testamentum*, e la sostituzione pupillare vi era generalmente praticata. Ma non era dessa di verun uso ne' paesi di consuetudine (13), ove la potestà paterna era meno esagerata, ed ove non temevasi affatto la morte senza testamento. In ogni caso non poteva sostenersi, che come sostituzione fedecommessaria.

Sotto il codice Napoleone questa specie di sostituzione è intieramente abrogata (14) (a),

(1) *Comm.*, 6, 24, 19.
(2) Su Doneau, nota 9.
(3) *Conject.*, l. 3, c. 4.
(4) *Controv.* VII, 73.
(5) Rep., v° *Sostit.* diretta, p. 50, e 51.
(6) C. 1, § 1 e 3.
(7) N. 573.
(8) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 261, n. 49.
(9) Doneau, *Comm.*, VI, 24 Hilliger *su Doneau*, nota 9. V. una Dissertazione del Sig. Damante nella Temi (1825).
(10) *Infra* n. 573.
(11) Argomento di quanto riferisce Cicerone, *Brutus*, C. 52, e *De oratore*, C. 39 e 67.
(12) Pothier, *Pand.* t. 2, p. 207, n. 4.
(13) Ricard, *Delle sostituzioni*, parte 1° n. 90.
(14) Legge del 17 Nevoso anno II, art. 61. Arresti di Torino, del 1808 e del 1818, rapportato da Dalloz, t XII, pag. 155.

(a) La sostituzione pupillare è permessa dalle nostre Leggi civili (art. 945) sino all'età di 18 anni, e la facoltà di ordinarla è conceduta non solo al Padre, alla Madre, ed agli altri ascendenti, ma ancora agli zii, allo zio, a' fratelli, ed alle sorelle. L'articolo soggiunge: *ma in que' soli beni, ne' quali sia stato il minore lasciato erede.*

Siffatta limitazione non può per certo riferirsi alle disposizioni fatte da' collaterali, perciocchè è impossibile di supporre da parte di costoro una sostituzione senza ammettere una istituzione di erede; essa dunque sarebbe stata una dichiarazione inutile del legislatore, il quale avrebbe soggettata la facoltà conceduta ad una limitazione, ch'era inerente nella disposizione, che permetteva. Tale interpetrazione non è permessa, per lo che devo dirsi necessariamente, che la limitazione, di cui parliamo, riguarda il padre la madre e gli altri ascendenti, ed ha per oggetto di restringere la sostituzione alla sola disponibile, nella quale il minore venisse in tutto od in parte istituito erede. E difatti il legislatore aveva già dichiarato nell'art. 829, che la quota riserbata a favore de' figli o discendenti non può essere soggetta a verun vincolo o peso da parte del disponente.

Così limitata la sostituzione pupillare, non presenta veruno degl'inconvenienti annessi alle sostituzioni fedecommessarie, comechè durante la minorità i beni dei minori sono inalienabili, nè possono servire a facilitare

perocchè rovesciava tutte le regole del nostro dritto moderno, e conteneva inoltre una sostituzione fedecommessaria mascherata (1).

182. È lo stesso della sostituzione esemplare. Questa era così chiamata, perchè era stata introdotta ad esempio della pupillare (2), ed è una disposizione, per la quale il padre o la madre fanno il testamento de'loro figli puberi che sono folli o imbecilli pel caso, in cui morissero senz' avere ricuperato la ragione. Ammessa nelle Provincie soggette al dritto romano (3), non era in uso ne'paesi di consuetudine, e non poteva valere, che come fedecommessaria. Oggi è abolita in tutta la Francia.

183. La sostituzione reciproca è quella, che è fatta tra gli eredi istituiti, e che chiama gli uni in mancanza degli altri, sia volgarmente sia pupillarmente sia esemplarmente secondo i casi. Talvolta veniva chiamata col nome barbaro di *breviloqua*.« Adjiciunt tamen vulgo in« terpretes haec duo (dice Doneau) *compendio*« *sam* et *breviloquam*. Sed re vera, ut inau« dita juris auctoribus, ita et *verba inepta* et « re supervacua (4) ».

Ed in effetti questa denominazione è inutile, perchè non crea un nuovo genere di disposizione, ma introduce una nuova parola, della quale i giureconsulti romani avevano saputo fare a meno. Doneau aggiunge, ch' è viziosa ed inetta, perchè le parole *compendiosa e breviloqua* presentano lo stesso significato: *idem est*, dice Doneau, *loqui breviter et loqui compendio sermonis*. Nonpertanto questi due sinonimi esprimono delle cose differenti come vedremo.

Giusta gli antichi principî insegnati da Bartolo (5) la sostituzione reciproca conteneva la volgare, la pupillare e l'esemplare (6), d' onde seguiva, che produceva il suo effetto, quale si fosse il caso, che si presentasse dell'una o dell'altra di queste sostituzioni.

Così un padre istituisce i due suoi figli impuberi, e li sostituisce l'un l'altro. Questa disposizione varrà non solamente pel caso, in cui verificandosi la volgare, uno de'figli morrà senz'avere raccolto, ma ancora pel caso della pupillare, vale a dire se uno de'figli dopo di avere raccolto, morisse in istato di pupillarità (7). Ed è per questo, che la chiamavano *breviloqua*, perchè sotto di una denominazione generale, comprende molte specie di sostituzioni (8).

Oggi in tutti i casi la sostituzione diretta reciproca non può comprendere, che la volgare, le due altre non esistendo più, e non potendosi mai presumere, che un testatore abbia voluto fare, quel che la legge gli proibisce.

184. Arriviamo alla sostituzione chiamata compendiosa. Abbiamo detto di già, che s'intende per sostituzione compendiosa, quella, che si fa in termini generali e propri a comprendere tutte le specie di sostituzioni dirette e fedecommessarie (9). Si vede, che differisce dalla breviloqua in ciò, che questa è relativa soltanto a'diversi generi di sostituzioni dirette, mentre la compendiosa mescola la diretta con la fedecommessaria (10).

Del resto abbiamo più sopra parlato della sostituzione compendiosa (11), e qui ci limiteremo a rammentare, che la compendiosa non può valere ora, che come volgare, e che inoltre si presume non avere voluto il testatore ordinare, che questo ultimo genere di sostituzione.

ARTICOLO 899 — (944).

Sarà lo stesso della donazione tra vivi o testamentaria, con la quale l' usufrutto sarà dato all' uno e la nuda proprietà all' altro (a).

SOMMARIO

185. Si può dare l'usufrutto all'uno e la nuda proprietà all'altro; non vi è in ciò sostituzione vietata.

186. Non è sempre facile di vedere, se il legato è dell'usufrutto o della nuda proprietà. — Rinvio.

la somministrazione de' capitali, di cui il proprietario può abbisognare, nè venire sottratti mercè la sostituzione al pagamento de' suoi debiti, perchè il minore non può contrarne. I casi eccezionali ne' quali la legge permette l' alienazione o l' ipoteca de' beni de' minori, appunto come rare eccezioni alla regola generale, non valevano a far escludere una disposizione, che fosse di accordo con questa regola generale, come non vale neppure la considerazione, che può il minore trovarsi nel caso di aver bisogno di alienare un fondo o d'ipotecarlo, imperciocchè se la disposizione provviene dagli ascendenti, si troveranno sempre nel patrimonio de' minori i beni liberi, che compongono la sua riserva, e se parte da' collaterali, non avrebbero forse costoro disposto a favore del minore ove non avessero potuto sostituirgli altra persona nel caso, in cui venisse egli a morire senza prole in età pupillare. *Il traduttore.*

(1) Sopra, n 159.

(2) Instit. di Giustiano, *De Pupill. subst.*, § 1.

(3) Mantica, *De conject. ult. vol*, 5, 16, 1 e seg.

(4) *Comm.* VI, 23, 22. Hilliger sul n. 21. Mantica, VII, 5. 1.

(5) Sulla l. 45, D., *De vulg.*, n. 16.

(6) Doneau, *Comm.* VI, 23, 24.

(7) Doneau, *luog cit.*

(8) Hilliger *su Doneau, luog cit.*, n. 21.

(9) Mantica, *De conject. ult. vol.*, 5, 16, 16, secondo Bartolo, e VII, 3, 15. V. l. 8, C. *De impub. et aliis subst.*

(10) Merlin, Rep., v° *Sostit. diretta*, § 5.

(11) N. 119.

(a) L'art 899 del Codice Napoleone è simile all'art. 944 delle nostre Leggi civili.

Il traduttore.

Digitized by Google

COMENTARIO

185. Con ragione il codice Napoleone non considera come sostituzioue una disposizione, che si limila a dare l' usufrutto ad uno e la proprietà all'altro Ed in effetti per costituire una sostituzione è d'uopo, che vi sia donazione successiva della medesima cosa, mentre qui il dono si versa sull'usufrutto e sulla proprietà, che sono due cose diverse. La proprietà è data una sol volta ad un individuo, che tieoe il suo dritto direttamente dal disponente. In quanto all'usufrutto è ben vero, che prima di pervenire al donatario della proprietà passa sulla testa di una persona intermedia. Ma abbiamo veduto qui sopra (1), che il donatario della nuda proprietà non riceve quest' usufrutto dalla mano del donatario dell' usufrutto; condizione essenziale noupertanto per costituire uu fedecommesso. E come potrebbe il donatario dell'usufrutto restituire una cosa, che gli sfugge per virtù della legge appena giunge il momento della restituzione?

186. Quando si presenterà una disposizione del genere di quella, che ci occupa, bisognerà esamioare accuratamente, se contiene una donazione dell'usufrutto al primo donatario o per lo contrario una donazione della proprietà. La distinzione non è sempre facile, e vi ritorneremo più basso (2), quando ci occuperemo del legato di usufrutto.

Articolo 900 — (816)

In tutte le donazioni tra vivi o testamentarie le condizioni impossibili e quelle che seno contrarie alle leggi od a' buoni costumi saranno riputate non scritte (a).

SOMMARIO

187. Il soggetto delle condizioni in materia di liberalità è de' più estesi. — Il dritto romano e gli scritti degli interpetri forniscono su questo punto nomerosi materiali.
188. Noo v' ha nullo d' incompatibile tro il rilascio attualo, eho risolta da un atto di donazione a la condizione apposta a quest' atto.
189. Significato generalo della parola *condiziona* nell' art 900.
190. Della condisioni propriamente detto. — Definisiono della condiziono.
191. Differenti elassificazioni dello condizioni.
192. Della eondiziono potestativa. — Dello condiziono easuale.
193. Delle condisioni promisene. — Dolle eondizioni misto.
194. La quistione se una eondizione è potestativa o mista è qualche volta una quistiono di volontà.
195. Della condiziono volontaria. — Della condizione necessaria.
196. Della condisiono sospensiva.
197 Della condizione risolutorio.
198. Della condiziono affermativa. — Della eondiziona negativa.
199. Della condiziono dividua. — Dalla eondisione individua.
200. Della condiziona possibile. — Della condiziona impossibile.
201. Della condiziona onesta. — Della condisione disonesto.
202. Della condisiano *de praesenti*, — *de futuro*, — *de praeterito*.
203. Della condisiono di fatto. — Dalla condiziono di dritto.
204. Della condizione espressa. — Della condiziona tacita.
205. Della condizione otile. — Della eondiziona inutile.
206 Della condisione vera. — Della condizione falsa.
207. Della condiziono momentanea. — Della eondisione successiva.
208 Dello circostanzo, eho dobbono concorrera per rendere la disposizione eondizionale. — Primieramente lo condizione dev'assere di un ovvenimento futuro.
209 Se l' avvenimento, già avvenoto, non fosso conosciuto, non vi sarebbe una disposizione veramento condizionalo. Gli antichi Giureconsulti dicevano, essere questa una quasi condiziono.
210. *Quid*, se la eondizione vorsava su di un avvenimento di già verificatosi, ma che può verificarsi una seconda volta? — Distinsione secondochè l' avvenimento era o non era a conoscenza del disponento.
211. Esempio dato su questo punto da Giavolano o Pomponio, e cavato dalla condizione di maritarsi.
212. La condiziona dev' essere inoltra di una cosa possibile o lecita. — Perchè il legislatoro ha dato effetti differenti olle oondisioni impossibili ed illecite ne' testameoti e ne' contratti? — Ragione dota da Vinnio di questa differenza.
213. Opiniono contrario di Grozio, Toullier, Merlin.
214. Argomento in sostegno di questa opinione, ritrovato negli Institnti di Cajo.
215. Nonpertanto ta disposizione dol Codice su questa quistiono è la più prudente a la migliore.
216. Continoasiooe, o pruova.
217. Continoazione.
218. Contionaziono.
219. Cootinuazione.
220. Esempio cavato dalla perplessità della disposizione.
221. Riassunto. — La rogola dell' art. 900 non soffre, ebe due eccezioni. — Continuasione delle distinzioni da farsi tra' contratti ed i testamenti relotivamonte allo condisioni, eho vi sono apposto. — Lo spirito di

(1) N. 133.
(2) N 1909.

(a) Uniforme a quest' articolo 900 del Codice Napoleone è l' art. 816 della nostre Loggi civili.
Il traduttore.

Digitized by Google

liberalità, eho presiede al testamento, non è eosì osigento eoma lo spirito eommutativo, cha presiedn ad un eontratto. — Escmpio.

222. Esempl dello condizioni impossibili cavati dalle leggi romane, e che confermano lo osservazioni dei n' 217 a 218.

223 Nel easo, in cui il tostatoro ba prescritto qnalche condizione contraria a' buoni costumi, it legatario è dispensato di soddisfarvi. — La leggu allora gli rimette siffatta condizione. — Per lo eoatrario in un eotratto lo duu parti sono eomplici dull' oltraggio fatto alla legge. — La disposizione stessa è viziata.

224. La più parte de' eodici moderni sono conformi alla regola dell' art. 900. — Però il Codieo austriaco ha adottato il sistema coatrario. — Il codice sardo limita questa regola a' testamenti.

225. Una eosa è impossibile, non solamente se vi ha impossibilità di notura, ma anche quando vi ha impossibilità di dritto e di fatto. — Esempl.

226 Onde la condiziono si obbia come non scritta, è d' uopo, eha l' impossibilità sia assoluta.

227. Della eondizioni impossibili, perehè sono false.

228. Esempio.

229. *Quid* nel caso, in cui il testatore ignorava, essero la eondiziono falsa o impossibite? — Gl'interpreti dal dritto romano pretendono, ehe allora la condizione vizia la disposiziono. — Argomonto, che ricavano dolla legge 38, D., *De condictione indebiti.*

230. Opinione eontraria dal Giureeonsulto Avoranio.

231. Quest'opinione, eh' è anehe quella di Cujacio a di Furgole, dev'essere preferita. — D'altrondo la legga rigetta tutte le condizioni impossibili.

232. *Quid* nel easo, in eui l' impossibilità sopravviono dopo la eonfaziona dal testamento e prima della morte del testatoro? — Rinvio.

233. *Quid* nel easo, in eui la aondiziona divieno impossibile dopo la morto dol dispoaente? — Riavio.

234. Esompl dello eondizioni indieate da Cujacio como non scritte, perchè sono eontrarie a' heoni costumi natnrali ed a' buoai costumi civili.

235. *Quid* della eondiziono di giuraro imposta per testamento? — Motivi pe' quali il Pretore in Roma ne faceva la rimessione agli eredi — Eccezione nel easo di affraneamento da servitù — Tra noi vi sarebbo luugo a distinguere, se nel fatto lo condiziono imposta ha la sua utitità e la sua ragiono.

236. In Roma non si aseguiva la volontà del testatore, che aveva un carattera inetto, eome per esempio la preserizione di funerali ridieoli.

237. Le leggi romano considaravano coma contraria all'ordina pubblico la condiziono di non maritarsi — Motivi politici del tempo. — Distinziono da farsi sotto del Codice.

238. Dal resto anche in dritto romano la condiziona di non maritarsi era soggatta a rimproveri, sol quando era assoluta. — Esempi. — Errora della Corte di Liége.

239. Se il matrimonio era moralmonte obbligatorio, la condizione di non maritarsi dovava assere rigettata como contraria a' costumi.

240. La condizione imposta dal testatore di non maritarsi, ahe con la volontà ed il consenso di un terzo è valida? — Decisione affermativa dol Parlamento di Provenza a della Corto di Parigi. — Opinione conforme di Cujacio.

241. Tuttavia non bisogna applicare queste divisioni in uno spirito troppo assoluto. — La cireostanze dalla disposiziona valgono a modificarla. — Esempi.

242. *Quid* dulla coadizione di farsi preto. Sotto di questa forma la condizione di non maritarsi è lecita? — Scrupoli di Ricard, divisi da Gronier. — Ragioni di dooidero.

243. La condizionn di maritarsi con una persona disegnata, noa aoatenondo nulla di eontrario allo leggi ed a' costumi, è valida.

244. Obiezione cavata dalle leggi abrogata de' 5-12 settembro 1791 e 17 nevoso an. II, ehe consideravano questa condizione come non scritta, porchè era contraria alla libertà. — Confutazione.

245. Casi, ne' quali il legatario potrebbe essere esonerato dalla eondizione di maritarsi aon una disegnata persona, coma per esempio con una persona indegna o iofame.

246. O con una persona onesta, ma con la qualo il matrimonio è vietato.

247. *Quid* so la proibizione ora di quelle, che possono essero tolte eon la dispensa? — Rigore del Parlamonto di Tolosa, aho in questo easo ordinava il eancellamento dolla condizione. — Motivi, che dobbono faro preferiro l' opinioau eoatroria.

248. La condizione di rimanere vedovo è valida?

249. Ogni persona può imporre in una liberalità la condizione della vedovanza.

250. *Quid* dello eondizioni relativa alla libertà di prendera uno stato?

251. Continuazione.

252. Le loggi coudannano lo condizioni, che hanno per risultamento di attentaro assolutamento alla libertà. — E nonpertanto bisogna eccettuarne il caso, in cui una ragiono di moralità ovidente o di pubblico interesso ha dettata la disposiziono.

253. È valida la donazione fatta sotto la condizione espressa, ahe il donatario abiterà col donante. — È lo stesso del divieto imposto al legatario di abitare in un luogo indicato.

254. È valida la condiziono di vivore onestamente.

255. La condizionu imposta al legatario di abbracciare un talo o tal culto è valida — La libertà di coscienza non è obbligata in una talu aondiziono.

256. L' obbligazione imposta all' oredo di prendere il nome del testatoro è legalu.

257. La condizione di non dimandar conto, imposta dal tastatore al suo pupillo, è legale; ma non vale, eho per garentire il eontabile dalle negligenze compatibili aon la buoaa fede.

258. *Quid* del divieto di far inventario imposto dal testatore al suo eredo? — Controversie. — In tale condizione non v' ha nulla ehe toechi l' ordine pubblico.

259. L' effetto di questa condiziono sarà di faro aonsiderare l' eredn come oreda puro o semplice. — Conseguenze relativamanto a' creditori; rolativamente a' legatari.

260. Può del pari il legato di usufrutto essero fatto con dispensa dall' inventario?

261. Il nudo proprietario potrebbe fare inventario, se il testatore l' avesso espressamente vietato, proponendo di farlo a suo spese? — Rinvio. — Arresta dolla Corte di Tolosa.

262 Il padre, eho nomina un tutore a suo figlio, può dispensarlo dal far inventario? — Tuttavolta potrabbe il Giudiea ordinare l' inventario nell' interesse del minore.

263. Ma allora la dispensa dall' inventario non comprendu la dispensa di render eonto.

264. La condizioau imposta all' orede di non attaccare un atto nullo è valida? — *Quid* se la nullità dell'atto tiane all' ordine pubblico?

265 *Quid* nel easo contrario? — Specie, nella quale il tostatore aveva fatto un legato a condizione, che il legatario non attaccherebbe il suo tastamento. — Cassazione di un arresto della Corte di Parigi, ehe avava aoasiderata eoma non scritta questa condizione.

266. *Quid* se la nullità risguardava la forma esterna.

267. Il tostatore può imporro a' suoi eredi la aondizione di rispettare la formazione della quote fatte nel suo testamento, ed è valida la sanziona penale, eha aggiunge a questa clausola.

268. Specie citata da Ricard, nello quale il testatoro aveva imposto a' suoi eredi l' obbligazione di rispettoro un legato fatto a sua sorella sotto pena di essere privato della sua successinne.

269. Il testatore può imporre al suo erede la condizionn di rinunziare ad una successione seaduta ed aneho ad una non scoduta.

Digitized by Google

270. Il testatore, che lascia degli eredi minori, può ordinare sotto forma di condizione, che i beni, che formano la porzione disponibile, e che dona a' minori, saranno venduti senza le forme di giustizia per pagare i suoi debiti?

271. Il divieto fatto agli eredi di alienare a titolo oneroso per un certo tempo è valido.

272. È lo stesso della clausola d' insequestrabilità apposta al legato di un immobile.

273. Tutte le clausole, che ritardano la prestazione del legato, non costituiscono delle vere condizioni. — Della condizione estrinseca.

274. Se la condizione è perfettamente inerente nella natura del legato, non rende il legato condizionale, benchè il testamento l' enuncia espressamente.

275. Onde la disposizione sia condizionale, bisogna, che non distrugga la natura dell' ultima volontà, cui è annessa.

276. È valido il legato fatto sotto una condizione potestativa da parte dell' erede incaricato del legato.

277. La condizione può essere rimessa all'arbitramento di un terzo?

278. Ragioni in favore dell' affermativa.

279. Il testatore può fare dipendere il legato da un fatto, che sarebbe in potere di un terzo di eseguire. — Distinzione di Doneau.

280. Quando la condizione rende perplessa la disposizione, la disposizione diviene nulla.

281. La condizione imposta al legatario di donare una cosa uguale al legato distrugge forse il legato? — Distinzione. - Esempio dell'interesse, che il legatario può avere in un simile legato.

282. Effetti delle condizioni. — Delle tre epoche precisate da Cujacio.

283. Dell'effetto sospensivo. — *Pendente conditione*, il legatario non ha, che un dritto eventuale; l' erede è proprietario.

284. L'erede può vendere la cosa legata salva tuttavia la risoluzione della vendita nel caso di avveramento della condizione.

285. Il legato essendo fatto *respectu personae legatarii*, il legatario, che muore, non trasmette la sua speranza del legato a' suoi eredi, tranne enunciazione contraria.

286. La condizione sospende la disposizione per lo intiero nel legato di due cose alternative, una delle quali è legata puramente e semplicemente.

287. Il legatario può *pendente conditione* fare tutti gli atti conservatori de' suoi dritti.

288. Il legatario può vendere la sua speranza del legato; può rinunziarvi, e rivenire contro di questa rinunzia sino a che non è stata accettata, tranneché non sia la conseguenza di un' obbligazione contratta con un terzo.

289. Riassunto. — Il legatario non può *pendente conditione* dimandare il rilascio del legato. — Cauzione Muciana in Roma.

290. Questa cauzione non poteva aver luogo, che per le condizioni, che si purificano per la morte del legatario.

291. L'avveramento della condizione (*existente conditione*) nel legato produce un effetto retroattivo. — Controversie degli antichi autori su questo punto. — Differenza tra' contratti ed i legati in quanto agli effetti delle condizioni.

292. Della mancanza delle condizioni e de' suoi effetti.

293. Quando la condizione risolutoria si verifica, la disposizione testamentaria è risoluta di pieno dritto.

294. Ne' contratti la condizione risolutoria opera pure di pieno dritto? — Rinvio. — Esempi di condizione risolutoria, causale, potestativa e tacita, in quest'ultimo caso la risoluzione non si opera di pieno dritto.

295. La donazione essendo risoluta per la verifica della condizione risolutoria, deve avere luogo la restituzione de' frutti? — Distinzione da farsi secondochè la condizione è casuale o potestativa. — Opinione del Presidente Fabro, quando si tratta non di un legato ma di una donazione, e che questa donazione è fatta sotto condizione potestativa. — Confutazione.

296. Quando la condizione risolutiva manca, la disposizione diviene diffinitiva.

297. Le parole contenute nella condizione possono avere una virtù dispositiva? — Applicazione dell'adagio: *Nec vocari videtur qui in conditione ponitur.*

298. Tuttavia questa regola non è applicabile, se la condizione presenta una disposizione indiretta, senzachè sia bisogno di ricorrere a delle congetture.

299. Se ho istituito mio erede Sejo a condizione, che pagherà 100 scudi a Sempronio, Sempronio potrà convenire Sejo, quando questi avrà presa la mia eredità?

300. Riassunto.

301. Dell' adempimento delle condizioni. — La condizione dev' essere eseguita *in forma specifica*, e rigorosamente adempita nel termine prefisso.

302. Caso, in cui la condizione non dev' essere adempita *in forma specifica*.

303. Esempio nel caso di un legato fatto sotto la condizione di dare ad un minore; il legatario in tal caso può dare al di lui tutore.

304. A menochè non sia certo, che il testatore abbia avuto una giusta ragione di dare allo stesso minore.

305. Numerosi casi ricavati dal Digesto, ne' quali la condizione si trova adempita per equipollenti.

306. Gli equipollenti possono essere ammessi anche nelle condizioni casuali. — La morte civile non è equipollente alla morte naturale per l' adempimento delle condizioni.

307. Del frequente impiego degli equipollenti nelle condizioni potestative. — La condizione potestativa dev' essere personalmente adempita da colui, cui è imposta? — Distinzione fatta da Cujacio.

308. Altra distinzione tra il caso, in cui la condizione consiste in dare, e quello, in cui consiste in fare.

309. La condizione non può compiersi in persona di un altro diverso da quello indicato nel testamento, a menochè non vi sia luogo a presumere la volontà contraria del testatore.

310. *Quid* se la condizione si compie nella persona dell' erede di colui, ch' è indicato nella disposizione? — Esempio nel caso di un testamento. — Difficoltà di conciliare su questo punto diversi testi del Digesto.

311. *Quid* se la disposizione ha luogo per atti tra vivi?

312. La condizione nelle disposizioni di ultima volontà non può essere validamente adempita dall' erede, di colui, cui è imposta.

313. Il difetto d'autorizzazione del minore non gli vieta di adempiere validamente la condizione impostagli.

314. Del tempo per l'adempimento della condizione. — Conseguenza nel caso, in cui il termine essendo prefisso, la condizione non si è adempita nel termine stabilito.

315. Quando non è in potere dell'erede o del legatario di adempiere nel termine voluto la condizione potestativa, non si fa entrare nella durata del termine il tempo, per lo qual' è esistito l' impedimento di forza maggiore.

316. *Quid* nel caso, in cui l' inesecuzione della condizione nel termine fissato deriva da che l' erede o il legatario ignorava questa condizione.

317. L' ignoranza del fatto altrui essendo sempre presunta, non spett' all' erede o al legatario il provare, che non aveva conoscenza del testamento.

318. In materia di contratto, la sola scusa ammessibile della mancanza di adempimento della condizione nel termine prefisso non ha luogo, che in quanto questa mancanza può essere imputata al debitore obbligato sotto condizione.

319. Se non vi è tempo prefisso per l'adempimento della condizione imposta dal testatore, vi è luogo solamente a distinguere, se la condizione è o pur no potestativa.

320. Le condizioni possono o no adempiersi validamente durante la vita del testatore?

321. Se la condizione non ha un termine prefisso, in

qual termine deve compiersi dopo la morte del testatore? *Quid*, s'è potestativa?
322. *Quid*, se la condizione essendo potestativa, un terzo aveva interesse, che si adempisse?
323. Se la condizione è casuale o mista, basta, che si verifichi, pendente la vita del gratificato.
324. In materia di contratto, quando non v'ha termino prefisso, la condiziona si presume mancata, quando è divenuta certo, cha non si verificherà.
325. Può ottenersi in giudizio la limitazione di un termine, elasso il quale, il gravato della condizione sarà decaduto? — Controversia. — Questa sarà il più delle volte una quistione di volontà, dipendente *ex arbitrio judicis*.
326. Del caso, in cui la condizione non adempita si presume di esserlo. — *Prima regola:* La condizione è tenuta per adempita, quando colui, che aveva interesse, che non si adempisse, ne impedisce l'avveramento.
327. *Seconda regola:* La condizione si presuma adempita, quando il terzo, messo nella condizione, ed incaricato di ricevere o di restituire qualche cosa, la rifiuta, e mette il legatario nella impossibilità di adempiere la condizione.
328. Questa regola si applica unicamente alle condizioni potestative o miste, o dev'essere ristretta alle disposizioni di ultima volontà.
329. *Terza regola:* Le condizioni potestative si presumono adempiute, quando non dipende da colui, cui sono imposte di farlo adempiro.
330 *Quid*, se si tratta di una condizione mista? — Distinzione tra la parte della condizione, ch'è causale e la parte potestativa.
331. Furgole respinge questa distinzione.
332. Testo della legge 23 Dig., *De condit. inst.*, che invoca in sostegno del suo sistema.
333. Esame della legge 4 Cod., *De condit. insert.* che Furgole gitta nella classe de' casi particolari. — Confutazione.
334. Furgole avrebbe dovuto riferirsi alla legge 31 Dig., *De cond. et demonst.*
335. Confutazione del Sig. Toullier, che ha adottato l'avviso di Furgole.
336. Ragioni, che giustificano la distinzione da farsi in una condizione mista tra la parte casuale e la parte potestativa della condizione.
337. Tuttavia in materia di testamento vi è sempre luogo ad esaminare, se il legato è fatto piuttosto alla persona, che per la cosa, o piuttosto per la cosa che per la persona.
338. In generale queste quistioni debbono essere risolute secondo la volontà del testatore, nonostante le parole, delle quali si è servito. — Esempio dato da Papiniano.
339. Se l'evento di forza maggiore, che fa mancare la condizione, succeda in vita del testatore, la condizione deve allora tenersi per adempiuta. — Bisogna tuttavia distinguere con Doneau il caso, in cui la condizione è entrata come causa finale nella disposizione.
340. Non si deve forse ritenere la condizione per adempita vivente il testatore nel solo caso, che questi ha conosciuto l'avvenimento, che rende impossibile la condizione? — Confutazione di Vóet.
341. Continuazione.
342. Tuttavia si dove osservare relativamente all'adempimento fittizio della condizione, che nel fatto è mancato: 1.° Se la condizione è momentanea o se ha un tratto di tempo.
343. 2.° Se la condizione è di natura da poter essere in parte adempiuta, o se l'impedimento apportatovi è avvenuto solamente in parte
344. 3° Se, quando vi è impedimento, il legatario può o no adempiere la condizione per equipollenti.
345. La condizione può essere divisa nel suo adempimento reale e di fatto? — *Quid* se si tratta di una condizione casuale? — *Quid* se si tratta d'una condizione potestativa?
346. L'obbligazione tra vivi, che dipende da una condizione, il cui oggetto è divisibile, o ch'è stata imposta ad una sola persona, continua ad essere sospesa malgrado l'adempimento parziale della condizione.
347. Se la cosa legata viene a provare una diminuzione, la condiziono aggiunta a questo legato dov'essere forse diminuita pro rata?
348. In qual caso la condizione potestativa imposta a più persone può essere divisa?
349. Se un solo de' collegatari fa l'opera intiera imposta come condizione del legato, senzachè l'altro voglia prendervi parte, l'adempimento giova a quest'ultimo?
350 Quando più condizioni sono imposte, per sapere come si debbono adempire, bisogna distinguere tra il caso, in cui sono riunite dalla copulativa E, e quello, in cui sono riuniti dalla disgiuntiva O. — Però questa regola non è assoluta.
351. Una regola importante in materia di adempimento della condizione si è, che la pruova dell'adempimento incumbe al legatario, il cui legato è stato subordinato all'evento della condizione.
352. Del modo aggiunto agli atti a titolo gratuito. — Definizione del modo. — Sue differenze dalla condizione sospensiva.
353. Le condizioni potestative negative sono do' veri modi.
354. Nel dubbio bisogna piuttosto considerare la disposizione come modale, che come condizionale.
355. Poco importa, che niuno abbia interesse all'esecuzione de' pesi imposti dal testatore a' suoi eredi; la disposizione nonpertanto dev'essere eseguita, s'è ragionevole.
356 Nel modo come nella condiziono la cosa dev' essere lecita e non già contraria alle leggi od a' costumi. — E quando non è permesso di adempiere il modo *in forma specifica*, bisogna soddisfarvi per equipollenti.
357. Il modo si presume adempito in tutt'i casi, quando l'adempimento non dipende dal legatario gravato del modo. — Motivi della differenza, che sotto tale rapporto esiste tra il modo e la condizione.
358. Ma nelle disposizioni tra vivi il modo non è tenuto per adempito, che nel solo caso, in cui il debitore obbligato sotto questo modo, ne ha impedito l'adempimento.
359. Il modo produce come la condizione il suo effetto di pieno dritto? — Distinzione da farsi nel caso di disposizione testamentaria
360. Se si tratta di atti tra vivi, bisogna, che si costituisca in mora. — Rinvio all'art. 1139 del Codice Napoleone.
361. In mancanza di adempimento del modo la condizione è risoluta anche relativamente a' terzi, che ripetono i loro dritti dal legatario o dal donatario.
362. Il non adempimento del modo prima della morte del legatario non è un ostacolo, onde la disposizione, trasmessibile di sua natura, passi all'erede di questo legatario.
363. Il modo è stato sempre considerato come costituente un vero fedecommesso.
364. Il modo non è mai casuale.
365. I pesi ed i modi annessi dal testatore alla sua disposizione non possono eccedere il valore della liberalità.
366. Casi particolari, ne' quali in seguito dell'estimazione relativa della liberalità questa regola si modifica.
367. Confutazione di un' opinione di Ricard, che pretendo, che se la cosa viene a perire nelle mani del legatario senza sua colpa, il legatario si trova liberato dall' adempimento del peso.
368. Il modo, che contiene semplicemente un precetto, non è strettamente obbligatorio.
369. Della dimostrazione.
370. Differenza tra la dimostrazione e la determinazione. — Carattere della determinazione, altrimenti detto legato limitativo o tassativo.

Digitized by Google

COMENTARIO

187. Siamo per occuparci delle condizioni e de' modi apposti a le liberalità. Questo soggetto è esteso, è delicato, ed esige di essere studiato con particolare accuratezza di discernimento. Avvene pochi, ne' quali i giureconsulti romani abbiano fatto brillare con maggiore splendore la loro sagacità, il loro tatto, la loro vigorosa e sottile penetrazione. Gl' interpreti hanno poi aggiunto al corpo di dottrina, depositato nelle compilazioni di Giustiniano, i

nuovi lumi del loro esercitato ingegno. Attingeremo in queste diverse sorgenti il commentario dell'art. 900, nè mancano i materiali per renderlo completo.

188. Rammentiamoci prima di tutto un'osservazione, che più sopra abbiamo fatta (1), cioè che non è contrario all'essenza delle donazioni, che sieno accompagnate da differenti modalità. Non v'ha nulla d'incompatibile tra una condizione apposta ad una donazione ed il rilascio attuale, ch'è dell'essenza di certi atti di liberalità; il che è un punto, che la ragione proclama, e che il nostro articolo riconosce positivamente (2). Per quel che concerne i testamenti la facoltà d'imporre de' pesi o delle condizioni risulta dallo stesso potere del testatore, da quel potere, che lo eleva al rango di legislatore domestico. Poteva non essere liberale; puole con maggiore ragione limitare la sua liberalità con delle combinazioni, che la sua previdenza, la sua saviezza o anche il suo capriccio gli dettano. Nelle materie di pura beneficenza la volontà dell'uomo ha qualche cosa di discrezionale, che può andare sino alla fantasia.

189. La parola condizione è presa qui in un significato generale, ed abbraccia le condizioni propriamente dette, i pesi, le clausole, i termini, che possono modificare le disposizioni gratuite o testamentarie. Ed appunto sotto questi differenti aspetti esamineremo le condizioni, che possono affettare le liberalità. Cominciamo dalle condizioni propriamente dette.

§ *Delle condizioni propriamente dette.*

190. La condizione è la determinazione di un avvenimento futuro, dal quale il disponente fa dipendere la disposizione (3). Cujacio ha benissimo detto: « *Conditio est causa, quae suspendit actum, quod cà post facto confirmetur* (4) ». Imperocchè in tutte le condizioni, anche nelle risolutorie, vi è qualche cosa, che rimane sospesa, che lascia librare sul fatto le incertezze dell'avvenire.

191. Gl'interpreti hanno fatto diverse classificazioni delle condizioni, secondo i rapporti sotto de'quali si considerano. Ne hanno distinte tredici specie, e Furgole le ha metodicamente classificate nella seguente maniera (5).

1.° Potestativa, casuale, o mista.
2.° Volontaria o necessaria.
3.° Sospensiva o risolutiva.
4.° Affermativa o negativa.
5.° Divisa od individua.
6.° Possibile od impossibile.
7.° Onesta o disonesta.
8.° *De presenti, de futuro, de preterito.*
9.° Di fatto o di dritto.
10.° Espressa o tacita.
11.° Utile o superflua ed inutile.
12.° Vera o falsa.
13.° Momentanea o successiva.

Siffatte distinzioni non sono senza importanza, sebbene taluni autori le abbiano volte in ridicolo, perocchè non si perde mai nulla nel guardare una materia sotto tutt' i rapporti.

192. La condizione potestativa è quella che fa dipendere l'esecuzione della disposizione del fatto e dal potere di colui, cui è imposta (art. 1170 del codice Napoleone (a)). Lego la tale cosa a Tizio, se sale al Campidoglio. Questa condizione nel dritto romano si chiama *promiscua* (6).

La condizione casuale è quella che dipende dall'azzardo (7). Dono 100 franchi a Tizio, se un bastimento arriva dalle Indie in due mesi. Nel dritto romano si chiama *non promiscua* (8).

Dalla miscela di queste due condizioni nasce la condizione mista. In qual è quella, che dipende così dall' azzardo che dal potere della persona, alla quale viene imposta; ovvero tanto dalla volontà della persona gravata, che dal concorso di un terzo: per esempio « se vi mariterete con Tizia ».

193. A questo proposito faremo osservare con Cujacio, che ogni condizione potestativa può cessare di esserlo per le difficoltà di ogni sorte, che imbarazzano l'umana fralezza (9). Dite, ch'è in mia facoltà di salire al Campidoglio, ma la gotta o la paralisi non sono nascoste sotto del mio capezzale per mostrarsi un giorno ed impedirmi di levarmi? Il testatore mi ha imposto per condizione di andare in una tale città, ma la difficoltà delle strade, i disordini della stagione, l'ostacolo delle inondazioni, il cattivo stato della mia salute tutto ciò non può incatenare la mia volontà? (10).

Per la quale ragione secondo Cujacio il dritto romano le chiama *promiscuas*, perocchè possono in ogni istante cessare di essere potestative, ed incontrare il miscuglio dell'azzardo (11). Non già, che si deve per ragione di

(1) N.i 72 e seguenti.
(2) Aggiungi l'art. 944.
(3) V. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 451, n. 15.
(4) Sulla l. 37, D., *De reb. cred.* (Lib. 1, *Definit. Papin.*).
(5) Cap. 7, sez. 2, n.i 4 e seguenti.
(a) L' art. 1170 del Codice Napoleone è esattamente riprodotto nell' art. 1125 delle nostre Leggi civili.
Il traduttore.
(6) L. 11, § 1, D., *De condit. et demonstr.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 471, n. 108.
(7) *Casuales* conditiones sunt quae in eventum conferuntur; *potestativae* quae sunt in arbitrio et potestate accipientis. (Cujacio, Respons. Papin., Lib. 9, ad leg. 78, § 1, *De condit. et demonstr.*).
(8) L. 2, § 1, D., *De condit. et demonstrat.* (Pothier, *luog. cit.*).
(9) Sulla l. ult., Dig., *De cond. instit.* (lib. XIII, *Quaest. Pap. et Observat.*, 14, 2.
(10) L. 4, § 1, D., *De hered. instit.* L. 4, C., *De inst. et subst. sub cond.*
(11) Sulla l. ult., Dig., *De cond. instit.* (lib. XIII, *Quaest. Papin.*).

Digitized by Google

questo miscuglio considerarla come mista; la condizione non è mista, che in quanto il testatore stesso per una meditata composizione della condizione ha voluto la riunione precisa del fatto dell' uomo al fatto casuale. Così per esempio. « Se quando Tizio sarà Console, sa« lirete al Campidoglio » — ecco una condizione mista, nella quale il fatto casuale (quando Tizio sarà Console) è unito al fatto potestativo (se salite al Campidoglio). Il testatore non ha voluto essere liberale, che a condizione, che i due avvenimenti si compissero. Ma la condizione « se salite al Campidoglio » presa isolatamente, non diviene mista, perchè degli accidenti naturali, non preveduti dal testatore; ed a' quali siamo tutti soggetti, sono più forti della volontà dell' uomo. Codesti ostacoli vengono dalla natura e non dalla previdenza del testatore, il quale non vi ha pensato, nè ne ha fatto una legge della sua disposizione. Perlocchè la condizione sarà *promiscua*, ma non però mista. Insisto su questa distinzione, perchè ove si tratta di sapere, se la condizione è stata adempita, è importantissimo di vedere, se la condizione è potestativa casuale o mista. Del resto i più gravi autori sono di accordo con Cuiacio per seguire queste idee (1). Senonchè non ammettono tutti l'etimologia della parola *promiscua*, da lui data (2).

194. E siccome il carattere della condizione mista dipende da questa riflettuta mescolanza fatta dalla volontà del testatore del fatto casuale col fatto potestativo, potrà avvenire, che la quistione di sapere se una condizione è potestativa o mista sia talvolta una quistione di interpretazione di volontà, che sia più di fatto che di dritto, e che il giudice abbia a rintracciare accuratamente, se il testatore, comunque non abbia espressamente parlato, che di un fatto potestativo, pure abbia fatto entrare nella composizione della condizione de'fatti casuali da lui valutati, e de'quali ha necessariamente inteso doversi tener conto (3). Supponete, che il testatore sapendo, che una tale città è investita da'nemici, dà 2000 franchi a Tizio, se vi va a portare un tal dispaccio importante; si potrà dire con verosomiglianza, che la condizione è mista, e che il testatore ha inteso, che l'assedio della città fosse una delle difficoltà, che bisognerebbe vincere per penetrare nelle sue mura.

195. La condizione volontaria è quella, che procede dalla volontà di colui, che l'impone. La condizione è chiamata necessaria quando esiste nella natura dell'atto; così per esempio è della natura della sostituzione volgare, che non possa aver luogo, che con la condizione necessaria, *si heres non erit* (4).

196. La condizione sospensiva è quella, che sospende l' effetto della disposizione sino all'avveramento di un fatto futuro; questa è quella, che le leggi romane chiamano particolarmente condizione, ed i cui effetti hanno tanto occupato l'attenzione de'giureconsulti (5).

197. La condizione risolutiva è quella, che non sospende l' effetto della disposizione, ma che l' annulla nel caso di un avvenimento futuro (6).

198. La condizione è affermativa, quando è concepita in termini affermativi, per esempio, *se una nave arriva dall' Asia*.

È negativa quando è concepita in termini negativi, *se una nave non arriva dall' Asia* (7).

199. La condizione è dividua quando il fatto, che è l' oggetto della condizione, è capace di divisione (8).

È individua, quando il fatto non è suscettibile di divisione: « *Conditionem tunc demum* « *esse individuam, quando est de re individua, vel apponitur super individuo*; » così si esprime Dumoulin (9).

200. La condizione è possibile, quando può giungere, senzachè vi sia verun ostacolo invincibile così da parte della natura che dalla legge.

È impossibile, quando non vi è possibilità, che sia eseguita, per esempio: *se toccate il cielo col dito* (10). Questa distinzione ha una grande importanza, e rappresenta una gran parte nella materia dell' adempimento delle condizioni.

201. La condizione onesta è quella, che versa su di un fatto non contrario all' onestà alle leggi o a' costumi. È disonesta quando versa su di un fatto contrario all' onestà ed ai buoni costumi (11) Anche questa è una distinzione capitale (12), e che nella pratica dà luogo a gravi quistioni.

202. La condizione è *de praesenti*, quando versa su di un fatto presente: fo Tizio mio erede, *s' è Console :*

De futuro, quando versa su di un fatto futuro: *Se diviene Magistrato.*

(1) Voet, *ad Pand.*, *De cond. instit.* Doneau, *Comm.*, VIII, 34, 6. Hilliger su Doneau, nota 1. Furgole, t. II, 7, 2, 8.

(2) Hilliger, *luog. cit.*, nota 13. Preferisce la spiegazione di Doneau: « *Promiscuas vocat quod aeque,* « *hoc tempore et alio commode fieri possunt, promiscue* « *et indifferenter.* »

(3) Hilliger, *luog. cit.*

(4) Furgole t. II, 7, 2, 11.

(5) Id., n. 12.

(6) Id., *luog. cit.*

(7) Id., n. 13.

(8) L. 56, D., *De cond. et demonstr.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 469, n. 101.

(9) *De divid.*, part. 2, n. 386. L. 112, § 1, D., *De condit. et demonstr.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 470, n. 102. Furgole, *luog. cit.*, n. 14.

(10) Furgole, *luog. cit.*, n. 20.

(11) L. 20, D., *De cond. et demonst.* Instit. *De leg.*, § 36. L. *Unic.*, C., *De his quae poenae nomin.* Furgole, t. II, 7, 2, 29.

(12) L. 14, D., *De cond. instit.* L. 112, § 3, D., *De cond. et demonstr.*

De praeterito, s' è stato Magistrato.

Osservate, che le condizioni de *praesenti* e *de praeterito* non hanno effetto sospensivo. Se si trovano vere, la disposizione è considerata come pura; se non si sono verificate, la disposizione non ha effetto (1). Solo la condizione *de futuro* ha un potere sospensivo; essa sola ha la forza di una condizione, *tunc potestatem conditionis, obtinet, cum in futurum confertur* (2). Il che or ora vedremo più ampiamente (3).

203. La condizione di fatto è quella, che deriva dal peso imposto dal disponente di un fatto affermativo o negativo.

La condizione di dritto è quella, che la legge sottintende, sia per la volontà presunta del testatore, sia per la natura delle cose: *Nisi si ipsa conditio insit.* Pothier la spiega in questi termini (4) « *Inest autem conditio* « *legati, veluti quum ita legatur: fructus*, « *qui ex eo fundo percepti fuerunt, heres* « *dato. In hac, si nihil nascatur, nihil de-* « *betur.* »

204. Le condizioni espresse o tacite si rannodano alla stessa divisione di quelle di dritto o di fatto.

Però bisogna osservare, che le condizioni, che non sono espresse nel testamento, e che vengono *extrinsecus* come tacite o inerenti nella disposizione, non rendono questa disposizione condizionale (5).

Nonpertanto quando la condizione versa sulla sostanza della liberalità, o della persona del legatario, rende la disposizione condizionale non solamente, s' è espressa, ma anche s' è sottintesa (6).

205. La condizione utile è quella, ch' è capace di produrre il suo effetto.

La condizione inutile è quella, ch' è considerata come non scritta.

206. La condizione vera è quella, che può verificarsi.

Si chiama falsa quando non può verificarsi, come se il testatore ordinasse di pagarsi quello, che più non si deve (7).

207. Da ultimo la condizione prende il nome di momentanea, quando può verificarsi per un solo evento, ch' è tale da poter giungere in un istante: *Si navis ex Asia venerit* (8).

Le si dà il nome di successiva, quando deve continuare e durare tanto tempo, quanto il testatore ha determinato: *Se resta co' suoi figli dieci anni.*

208. Ora che abbiamo passato a rassegna tutte le gradazioni, che distinguono le condizioni, fermiamoci alle circostanze necessarie, onde la disposizione sia veramente affetta della condizione.

E primieramente la condizione dev' essere di un evento futuro (9). Il che viene spiegato dalla legge 10, §. 1. D., *De cond. instit.* (10). « *Cum nulla sit conditio, quae in praete-* « *ritum confertur, vel quoe in praesens: ve-* « *luti si Rex Parthorum vivit, si navis in* « *portu stat.* » La legge 100 *D.* cavata dagli scritti di Modestino, *De verb. oblig.*, decide la stessa cosa per gli atti tra vivi. Ma quando la condizione versa su di un avvenimento passato (come per esempio se Tizio è stato Console) o su di avvenimento presente (se Tizio è Console), non affetta la disposizione, nè la rende condizionale. Dapoichè nel momento è vero o falso, che Tizio è stato Console o non l' è stato, ed è il caso di dire coi dialettici, che l'affermazione o la negazione di un fatto passato o presente è nell' istesso istante vera o falsa (11).

209. Nonpertanto se l' avvenimento di già accaduto, fosse nel momento ignorato, l' articolo 1181 del Cod. Napoleone vuole, che la disposizione sia condizionale, e vede in questa incertezza il carattere di una condizione sospensiva. Nondimeno modifica immediatamente la sua asserzione, aggiungendo, che in simile caso l'obbligazione ha il suo effetto dal giorno, in cui è stata contratta (a) Ma se ha il suo effetto dal giorno, in cui è stata contratta, se per esempio la cosa perisce pel creditore, da questo momento la condizione non opera dunque come condizione sospensiva (art. 1181), ed avviene come se la disposizione fosse pura e semplice. Gli antichi Giureconsulti erano stati più logici, quando, prendendo in considerazione l' ignoranza del fatto dalle parti, avevano deciso, risultare da quest' ignoranza una quasi-condizione, che non toglie alla disposizione il suo carattere di pura e semplice (12). Ed in effetti l' ignoranza, in cui sono le parti della esistenza del fatto, non impedisce, che questo fatto non esista, e che non sia nell' ordine de' fatti compiuti e certi. S' è incerto per le parti, che non lo conoscono, non è meno certo nella natura delle cose. Ed ecco perchè una tale condizione non può essere comparata alla condizione di un fatto futuro, ch' è incerto sotto tutti gli aspetti e per tutti. Come-

(1) L. 37 e 39, D., *De reb. cred.* Furgole, *luog. cit.*, n. 32.
(2) L. 39, D., *De reb cred.* L. 10, § 1, D., *De cond. instit.* L. 100, D., *De verb. oblig.*
(3) N. 208.
(4) *Pand.*, t. II, p. 449, n. 1. Furgole, t. II, 7, 2, 34.
(5) L. 99, D., *De cond. et demonstr.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 457, n. 42.
(6) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 458, n. 50. Furgole, n. 41.
(7) L. 76, D., *De cond. et dem.*

(8) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 475, n. 125.
(9) Sopra n. 202.
(10) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 452, n. 19.
(11) Cujacio, sulle leggi 37 a 39, D., *De reb. credit.* (lib. 1, *Definit. Pap.*).
(a) L'art. 1181 del Codice Napoleone corrisponde ed è conforme all'art. 1134 delle nostre Leggi civili.
Il traduttore.
(12) Cujacio, *luog. cit.*, Furgole, t. II, 7, n. 32.

Digitized by Google

mai l'art. 1181 non ha veduto, essere molto differente, che una cosa sia incerta relativamente alle parti, che l'ignorano, ed incerto per sè medesima e per tutti a causa della non esistenza attuale?

210. Se la condizione versasse su di uno avvenimento di già verificato, ma che può verificarsi una seconda volta, la disposizione sarebbe pura o condizionale? Per risolvere questa quistione bisogna distinguere. Se l'avvenimento fosse arrivato all'insaputa del disponente, la disposizione sarebbe pura e semplice. Per esempio: « Lego 100 franchi a Ti« zio, se un bastimento arriva dall'Asia » e frattanto questo bastimento è già arrivato, senzachè io ne sappia nulla. La condizione dev'essere considerata, adempita, *dicendum pro impleta haberi* (1). Ma se l'arrivo del bastimento fosse stato a cognizione del testatore, siccome l'arrivo di un bastimento dall'Asia è un fatto, che può riprodursi più volte, bisognerebbe presumere, che il testatore non ha inteso parlare del bastimento già arrivato, ma di un altro bastimento, che dovrà arrivare *in futurum*, e bisognerebbe attendere l'arrivo di un secondo bastimento. La disposizione sarebbe evidentemente condizionale (2).

211. Giavoleno e Pomponio danno di questa regola un esempio, che dobbiamo menzionare: « Tizio dona 10mila franchi a Sempro« nia, se si marita. » Se il testatore ha ignorato il matrimonio, non v'ha dubbio, che i 10mila franchi sono dovuti puramente e semplicemente; ma se ha conosciuto il matrimonio, il legato non sarà dovuto, che nel caso, in cui Sempronio contrae un secondo matrimonio.

In massima Giavoleno e Pomponio così rispondendo, hanno ragione, nè l'esempio, che danno, può essere molto singolare sotto l'aspetto de' costumi romani, ne' quali il divorzio aveva preso uno sviluppamento così abusivo. Ma in Francia non comprenderei come un testatore dirigesse de' tristi auguri ad una sposa, e la intrattenesse nell'idea della morte di suo marito. Non so, se una tale condizione non sia contraria a' buoni costumi, e per mio conto sarei disposto a giudicarla molto sfavorevolmente.

212. Ciò ci conduce all'esame di un altro carattere della disposizione condizionale. Non solamente la condizione dev'essere di un fatto futuro, ma è d'uopo ancora, che sia di una cosa possibile e lecita. Questo punto dimanda qualche sviluppamento.

Dapprima il Codice dichiara, che nelle donazioni tra vivi e ne' testamenti le condizioni impossibili o illecite sono considerate come non scritte. Per lo che questa specie di condizioni non rendono la liberalità condizionali, ma questa rimangono sempre pura o semplici (3).

Per lo che bisogna rilevare ciocchè il Cod. ha innovato relativamente alla donazione. Ed in vero altre volta applicavasi a questo genere di disposizioni gratuite i principî relativi a' contratti, vale a dire, che dichiaravasi la disposizione nulla totalmente, imperocchè ne' contratti sovente si ricorre ad una condizione impossibile per eludere un'obbligazione. Tal'è la risposta degli abitanti di Lemno a Milziade, che loro intimava di porsi sotto la dominazione di Atena. « *Lo faremo*, coloro « risposero, *quando voi con una flotta verre« te qui da' vostri lidi con vento del Nord.* » Il che significava dire chiaramente, che non si volevano sottomettere (4).

Ora secondo il Codice la liberalità non è nulla, ma è nulla soltanto la condizione impossibile.

Epperò si dev'essere sorpreso, che le leggi abbiano dato degli effetti differenti alle condizioni impossibili ed illecite ne' testamenti e ne' contratti? Vinnio (5) ne dà la seguente ragione: « È evidente, egli dice, che colo« ro, che contraendo appongono, o permet« tono di apporsi una condizione, che sanno « essere impossibile a contraria a' buoni co« stumi, non hanno alcuna volontà di obbli« garsi o di obbligare gli al ri verso di loro. » Da parte loro è un gioco, un atto non serio (6); insomma vogliono sfuggire ad una valida obbligazione. Ma un testatore, che detta le sue ultima volontà, tuttaffatto penetrato dell'idea della morte e delle più serie riflessioni, non si può presumere di avere voluto fare un trastullo, che da parte sua sarebbe una specie di empietà. Sicchè è da ritenersi piuttosto, che se ha mischiato alla disposizione qualche condizione bizarra o ridicola, è un errore, *mendum*, come dice Ulpiano (7), che il favore dello ultime disposizioni deve fare scomparire.

Così ragionando Vinnio non fa, che riprodurre in una nuova forma quello, che aveva detto Doneau, il quale dopo di aver esaminata la quistione sotto tutti gli aspetti, conchiude così: *Herede sub impossibili conditione instituto, verba indicant, testarem voluisse heredem esse eum, quem instituit; alioquin non instituisset. Proinde vult ea quoque, sine quibus ille heres esse non potest* (L. illud, D., acqu. hered.). *Jam vero non*

(1) Ulp., l. 10, § 1, D., *De condit. et demonstr.* Pothier, *Pand.*, *luog. cit.*
(2) Paolo, l. 11, D., *De cond. et demon.* Giavoleno, l. 68, D., *luog. cit.* Pomp. L. 45, § 2, D., *De leg.*, 2°.
(3) Instit., *De hered. instituendis*, § 10. — L. 14, D., *De cond. instit.*
(4) Cornelio Nipote, Milziade, ch. 1 e 2.
(5) Instit., § 10, *De haered. instit.*
(6) L. 3, D., *De oblig. et act.*
(7) L. 1, D., *De condit. instit.*

Digitized by Google

potest heres esse, *nisi detracta conditione impossibili. Quare hoc quoque velle testator intelligitur*, *ut detrahatur* (1).

213. Nonpertanto de' Giureconsulti di un gran nome, Grozio per esempio (2), hanno rigettata questa distinzione come contraria alla ragione. Il sig. Toullier è del loro avviso (3); ed è dolente, che il Cod. Napoleone abbia adottato il sistema delle leggi romane. Il sig. Merlin divide con lui i suoi dispiaceri, e questo sentimento pare dominante nella dottrina (4).

214. Codesta controversia è molto antica, e coloro, che l' hanno sollevata contro le leggi romane e contro il Cod. Napoleone sarebbero stati ben più fermi nella loro opposizione, se avessero saputo, che Cajo ne' suoi istituti, da gran tempo perduti, gli aveva precedute in questa via, ed aveva dichiarato, che la differenza, che si metteva tra' legati ed i contratti, non poteva spiegarsi con veruna solida ragione: « *Et sane vix idonea diversitatis* « *ratio reddi potest.* » (5) Ed infatti è d' uopo di sapere, che la disputa di oggigiorno divideva pure le grandi scuole di Roma, e che se i Sabiniani volevano, che la condizione fosse considerata come semplicemente non scritta ne' legati (6), i Proculiani sostenevano, che il legato non dovess' essere meno nullo del contratto. Ora sebbene Cajo fosse Sabiniano, eccolo, che abbandona la sua bandiera, e si mette dalla parte della dottrina de' Proculiani. Non è questo un serio motivo per dubitare?

215. Nonpertanto penso, che la disposizione del Codice Napoleone è la più prudente e la migliore, e non mi sorprende, che i Sabiniani l' abbiano vinta su' loro avversari. Se hanno trovato delle convinzioni ricalcitranti è forse colpa degl' interpreti, che non hanno messo sufficientemente in chiaro tutte le loro distinzioni. Ma quando si è ben penetrato di tutte le abili gradazioni del loro sistema, niente sembra più facile, che riconciliare gli animi all' art. 900. Forse poca riflessione ne allontana, molta riflessione vi riconduce.

Mi spiego.

Vedremo or' ora, che vi sono molte specie d' impossibilità (7): le impossibilità della natura, le impossibilità di dritto, le impossibilità di fatto. Or ch' è avvenuto? Che il Giureconsulto Pomponio, volendo citare un esempio tanto sorprendente quanto poteva, della regola, che sopprime le condizioni impossibili, ha messa una ipotesi, ricavata da una impossibilità di natura, ove il testatore si spinge sin all' ultimo limite. *Titius, si digito coelum tetigerit*, *heres esto* (8). Su di che i Giureconsulti si sono affaticati a spiegare per qual motivo questa disposizione dovesse sortire il suo effetto, malgrado l' inettezza della condizione, ed han detto, che bisogna supporre un errore di scrittura o un turbamento del testatore al cospetto della morte, ed altre cose; di cui la ragione non è del tutto soddisfatta. Allora Grozio profittando della parte debole di queste spiegazioni, ha dimandato, se non era più vero di dire, che una tale disposizione era insensata, e se non valeva meglio di trattarla come tale, vale a dire annullarla. E degli ottimi ingegni hanno trovato questa osservazione eccellente.

Pur nondimeno non era questa una scoperta di Grozio, dapoichè i giureconsulti della scuola Sabiniana vi avevano pensato. Per esempio Modestino vuole, che in simile caso si cominci sempre dal dimandarsi, se il testatore è stato *mentis compos*, e che se l'affermativa è trovata vera, non si esiti punto a dichiarare il suo testamento nullo (9). Ma come un testatore può mettere nel suo testamento delle cose derisorie, bizzarre, inette, ridicole (10), senz'essere per questo insensato, la quistione della soppressione della condizione resta intiera, ed allora l'osservazione di Grozio non calza più. Il perchè lo stesso Modestino non essendo più trattenuto dalla caratterizzata demenza del testatore, si pronunzia per la soppressione della condizione.

216. Ed ecco dunque una prima distinzione la qual'è molto grave, e gitta una gran luce sull'art. 900, il quale non vieta punto, che si ricerchi lo stato della mente del testatore, e si concilia meravigliosamente con l'art. 901, che esige, che il testatore sia in possesso di tutta la sua ragione per fare un testamento valido. Però l'art. 900 non vuole, come Modestino, che un testamento sia dichiarato nullo, perchè il testatore avrà aggiunto alla sua liberalità delle condizioni straordinarie ed eccedenti; dapoichè chi ben conosce il cuore umano, sa di ritrovarsi degli uomini singolarissimi, bizzarrissimi, inconseguentissimi e che per questo non sono folli.

In generale il pensiero della morte inspira le più gravi idee, e nondimeno v'ha delle per-

(1) Comm. 6, 18, 16. Aggiungi Ricard, *Disp. cond*, n. 223 e seguenti.
(2) Manuale della giurisprudenza di Olanda, lib. 2, cap. 18, n. 32 e 33. Aggiungi Graeneweren al § 10. Instit., *de haered. inst.*, citato da Voet *ad Pandect.*, lib. 28, t. VII, n. 16 in fine.
(3) Tom. V.
(4) Merlin, Repert., t. XVI, Condizione e Filiazione, n. 20. Aggiungi Bayle-Mouillard, su Grenier, t. I, p. 184 e 685.
(5) III, comm. 98.

(6) Cujacio, cui non sfugge nulla, aveva presentito questa controversia, e dice, che dopo molto dispute, *post multas controversias*, la giurisprudenza sulle condizioni impossibili prevalse. Sul Dig., *De cond. instit.*, lib. I. — Si era solamente di accordo sulle condizioni impossibili, consistenti nel non fare. L. 50, § 1, Dig., *de hered. instit.*
(7) N. 221.
(8) L. 16, in fin., D., *De injusto rupto.*
(9) L. 27, D., *De cond. instit.*
(10) L. 112, § 3, D., *De legat*, 1°.

Digitized by Google

sone, che si fanno una gloria di beffarsene. Quando non si vuol essere singolare, nel fare il proprio testamento si raccolgono le più religiose e meditate riflessioni. Ma quando si mira all'originalità, si fa un gioco di questa solenne parte di legislatore domestico. La morte rende uguali tutti gli uomini, ma il suo approssimarsi non fa, che il savio muoia come il fanfarone.

Theramene condannato da' trenta tiranni, mostra con un buon motto la sua costanza al cospetto della sua ora suprema (1); nel che si vede la grandezza d'animo del savio, tutto dato alla speranza di un'altra vita. Ma quando lo staffiere, di cui parla La Rochefoucault, si mise a danzare sul patibolo, sul quale era per essere arrotato (2), si vedeva la caricatura del coraggio e la bravata di un uomo da nulla. L'umanità è piena di quelle esagerazioni, che mirano al successo, ed offrono la ridicola morfia di un buon sentimento. Onde all'infuori di rare e memorabili eccezioni sono dell'avviso di La Bruyere. « Ogni scherzo in un uomo, che « muore, sta male (3) ». Nonpertanto molti uomini hanno voluto essere faceti in quest'estremo momento, e particolarmente i pagani aspiravano a questa specie di merito. Pel che non diciamo, che sono stati inscosati; ma sono stati ridicoli o vani, quando non sono stati sublimi. Ciascuno ha il suo particolare modo di tradurre le proprie impressioni. Questi farà al suo erede un cattivo scherzo, come si fa con un ragazzo, cui si dà qualche ghiottoneria; quegli scherzerà su sè stesso; uno si abbandonerà a delle combinazioni bizzarre, l'altro a dei concepimenti cinici. Tutti hanno la pretensione di essere spiriti forti, e di mostrare, che disprezzavano la morte, non sapendo, che bisogna limitarsi soltanto a non temerla. Ed ecco quello che spiega molte condizioni testamentarie, che hanno l'impronta di una estrema singolarità, di cui le leggi romane hanno dato degli esempi, e che sono molto più rare nei nostri costumi. In tal caso che cosa ha fatto la saggezza dei Giureconsulti? Ha rigettato queste condizioni, perchè, comunque inescusabili, non escludono in generale la volontà di donare, che sostiene la disposizione.

Pomponio ha citato un esempio celebre: Istituisco Tizio per mio erede, se tocca il cielo con la mano (4). Non so, se quest'ipotesi fosse immaginaria, o se Pomponio l'avesse incontrata nei suoi studi. Comunque sia bisogna dire, che se il testatore non era preso da follia, la sua disposizione è quella di un uomo, che ha voluto fare una facezia al suo erede, o dare al suo pensiero una forma bizzarra. Guardatevi da presso; è come se avesse detto: Istituisco Tizio per mio erede puro e semplice, dapoichè toccare il cielo con la mano è cosa impossibile, e siccome non s'intraprende l'impossibile, o che all'impossibile niuno è tenuto, Tizio non avrà nulla da fare per essere mio erede (a).

217. Nè a ciò si potrebbe opporre solida-

(1) Cicerone dice di lui: « *Lusit vir egregius extre-* « *ma spiritu* » *Tuscul.*, 1, 49.

(2) Pensieri, 504, in fin., e 528, secondo altre edizioni.

(3) Cap. 16.

(4) L. 16, D., *De injusto et rupto testamento.*

(a) Pare, che con questa ragionamento si desume la ragione dell'inutilità della condizione impossibile dalla volontà del testatore, e la volontà del testatore, dalla nullità della condizione impossibile. È indubitato, che l'indagare la volontà del testatore è la prima regola per interpretare le condizioni della sua disposizione. « In conditionibus primum locum voluntas defuncti ob- « tinet, eaque regit conditiones. » (L. 5, D., *De condit. instit.*) Di tal chè se potesse stabilirsi come massima generale, che tutt'i testatori, che scrivono ne' loro testamenti delle condizioni impossibili, hanno voluto, che di esse non si dovesse avere alcun conto, non vi potrebbe essere dubbio, sul motivo della legge, che diversamente da' contratti dichiara come non scritte le condizioni impossibili ne' testamenti.

Ma d'onde può desumersi in massima generale questa volontà del testatore, se prima non si pronunzia la inutilità di siffatte condizioni? Ritenete per un momento la regola generale di dritto e di ragione, che le condizioni della disposizioni testamentaria le modificano essenzialmente, e ne sono inseparabili, ed è impossibile di non convenire, che quando il testatore ha scritto la sua volontà, e ne ha fatto dipendere l'esecuzione dall'adempimento di una condizione impossibile, sapeva bene, che sarebbe rimasta ineseguita. Or che cosa può logicamente render certo, e così certo da farne una regola di dritto, ch'egli ha inteso scherzare sulla condizione e non sulla disposizione? Ch'egli ha voluto per eccesso di buon umore trastullarsi con l'erede istituito o col legatario, e non burlarsi di lui? Se conosceva, che la sua volontà così modificata sarebbe rimasta ineseguita, è più logico e più giuridico il dire, ch'ei volle trastullarsi, o scrivere un atto senza effetto, perchè la sua volontà in quel modo espressa si risolveva in una negazione: ei lo sapeva, e se l'avesse voluto efficace, l'avrebbe diversamente manifestata. Non concepisco come una istituzione sotto una condizione impossibile possa risolversi in pura e semplice; per certo non s'intraprende l'impossibile; ma se il testatore ha fatto dipendere da questo impossibile la sua disposizione, appunto perchè l'impossibile non s'intraprende, ha voluto egli fare una disposizione senza effetto. Non credo, che debba vedersi in ciò maggiore bizzarria, che nell'ordinare una condizione, che non si vuole adempita.

Non pare perciò, che possa spiegarsi a questo modo la ragione dell'eccezione fatta alla regola generale, nè pare, che tale spiegazione possa dimandarsi con soddisfacente successo a que' frammenti del dritto romano, che pronunziano la inutilità della condizione impossibile, comecchè per ordinario si trovano le espressioni *obtinuit* — *placet*, che comunemente dinotano un'opinione prevaluta senza una sufficiente ragione. « *Obtinuit* « impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nul- « lis habendas ». (L. 3, D., *De condit. et demost.*) — « Sub impossibili conditione, vel alio mendo factam in- « stitutionem *placet* non vitiari ». (L. 1, D., *De condit. instit.*).

Penso nondimeno, che non debba dirsi altrettanto di quelle condizioni, che sono impossibili moralmente, perchè contrarie alle leggi ed a' buoni costumi. Questa volontà del testatore in quanto alla condizione non è strana, ma colpevole, e la legge giustamente l'annulla, senza punire l'erede istituito o il legatario, che non è complice della immoralità del defunto, e che appunto per non voler esserne complice perderebbe il beneficio della disposizione, se la legge, che gli deve per questo

Digitized by Google

mente l'esempio dei contratti, imperciocchè quando si contrae, e si pone alla propria obbligazione una condizione assurda ed impossibile, è chiaro di non essersi fatta questa gherminella, se non perchè non si voleva contrarre obbligazione. Mi dimandate di comprarvi una mia terra, e vi rispondo con un rifiuto. Voi insistete; allora per finirla, vi scrivo: « Avrete « il mio podere, dopochè avrete bevuta tutta « l'acqua del mare »; il che significa rispondere con una facezia ad una proposizione, che non è sembrata seria.

Ma se nel fare un atto spontaneo, qual è un testamento, dico: « Istituisco Tizio, se beve « tutta l'acqua del mare », il risultato sarà tutt'altro Non sono provocato a fare una liberalità, nè ho avuto motivo di avversione, perchè se fossi stato sotto il colpo della violenza, la stessa forza, che mi toglieva la mia libertà, mi avrebbe impedito di aggiungere al mio benefizio una condizione impossibile; ho agito liberamente, ed ho voluto donare. Se non che « mi è piaciuta la singolarità in una materia « così seria e profonda (1) » Ho voluto ridere in un atto, che altri non intraprendono, che con ispavento. Ma questa condizione, chiamata da Marciano derisoria, non vale (2), perchè è una formola strana, che esclude ogni atto da farsi da parte dell'erede, comechè ogni atto da lui tentato, urterebbe contro l'impossibilità.

218. Prendiamo un altro caso, nel quale la soppressione della condizione sì legittima per mezzo di considerazione di un altro ordine. Fo Tizio mio erede, se butta i miei resti nel mare; *si reliquias meas in mare abjicias* (3). Prima di tutto si potrà molto attentamente osservare, se il testatore è stato sano di mente: *Sed hoc prius inspiciendum est, ne homo qui talem conditionem posuit, neque compos mentis esset* (4). Imperciocchè il buon senso umano crede agli onori della sepoltura. Nonpertanto vi sono degli uomini che li disprezzano per irreligione; altri per la religione dell'immortalità dell'anima, Socrate non mostrò alcuna cura dei suoi funerali (5). Diogene volle essere gettato in mezzo dei campi, dimandando scherzevolmente un bastone per cacciare gli avvoltoi (6). Si può dunque non essere pazzo, si può pure tenere un alto posto tra i filosofi, e guardare con occhio di disprezzo la sepoltura corporal: se quindi il testatore era di quegli uomini che hanno voluto mostrare o la loro empietà o la loro fede in un'altra vita, non si dichiarerà nullo il suo testamento, ma si dispenserà l'erede dall'eseguire la condizione. Quale male risulterà pel testatore o per la sua memoria dagli ultimi onori renduti alle sue ceneri?

Epperò qui la condizione impossibile sparisce a causa del difetto d'interesse; il che Marciano e Papiniano chiamano una cosa priva di utilità *supervacua* (7). Ed io vi aggiungerò come nuovo esempio delle condizioni senza interesse quella di gettare a mare una somma di denaro. Giavoleno può ben essere uno degli oracoli del Digesto, ma io lo ricuso, quando immagina essere seria una tale condizione (8), perocchè è chiaro come la luce, che non l'è. L'è tanto poco, quanto quella, che venne imposta da una cattiva vecchia di Tebe al suo erede, di portare sulle sue spalle onde un cadavere unto d'olio (9).

È ben il caso di dire:

Eh! che importa al defunto disceso nella tomba!

219 Nondimeno siccome or ora dicevamo, che la disposizione deve annullarsi, se il testatore non è *mentis compos*, così dobbiamo ammettere, che se risultasse dalle circostanze, che il testatore non ha voluto fare una seria liberalità, che non ha voluto donare, la liberalità cadrà ugualmente. Il che pure le leggi romane ce lo insegnano espressamente; e lo insegnò parimenti il giureconsulto Paolo in un commentario (ciocchè è rimarchevole) su Sabino, il padre della regola scritta nell'articolo 900: « Se il testatore, dic'egli, dasse la libertà al « suo schiavo pel tempo, in cui questo schiavo « non viverà più » non potrebbe vedersi nulla di utile in una tale disposizione; ed il testatore non avrebbe voluto dare la libertà (10). Ed in effetti essa non è seria; il testatore ha voluto trastullarsi e fare contro le ordinarie verosimiglianze un atto senza valore (11).

la sua protezione, non interveoisse per fare sparire quello, che d'inonesto o d'illegale il defunto aveva ordinato

Ciò vale ancora per quelle condizioni, che inceppano la libertà naturale del beneficato per modo da renderne l'esistenza penosa, e delle quali parla l'autore nel n. 252 « Lego 1000 ducati a Tizio, se rimarrà sempre chiuso nella propria casa. » Il testatore ha accompagnato la sua liberalità con una condizione inumana; egli ha donato, ma usurpandosi sul beneficato de' dritti garentiti dalla natura. È troppo giusto, che la legge intervenga per serbare all'erede o al legatario i diritti naturalmente inseparabili dalla sua esistenza « Tizio « centum relicta sunt ita *ut a monumento meo non re« cedat, vel uti in illa civitate domicilium habeat*; po« test dici non esse locum cautioni, per quam jus liber« tatis infrigitur. (L. 71, § 2, D, *De cond et demonst*).

Il traduttore.

(1) La Broyere *luog cit.*
(2) L 14, D., *De condit. instit.*
(3) Modestino, L. 27, D., *De condit. instit.*
(4) Ibid. *infra*, n. 475.
(5) Cicerone, *Tuscul.*, 1, 43.
(6) Ibid
(7) L. 113, § 5, D, *De legat* 1°.
(8) L 55, D, *De cond. et demonst*; infra n. 304.
(9) Orazio, Satira, 2, 5.

Anus improba Thebis
Ex testamento sic est elata: cadaver
Unctum oleo largo nudis humeris tulit haeres.

(10) L. 4, § 1, D., *De statu liberis*
(11) V un esempio di un legato ridicolo o nullo, *infra* num 280.

Digitized by Google

Si potrebbe emettere la stessa decisione, se il testatore avesse detto: Istituisco Giuseppe mio erede, se gli uomini, cessando di camminare sui loro piedi, camminano sulla loro testa. Si comprende, che può esservi tale circostanza, nella quale l'uso di questa formola sia una evidente maniera di discreditare un erede, o di dichiarare ad un eredipede importuno, che il disponente si burla di lui (a).

220. Codesti esempi non sono i soli; eccone un altro ricavato dalla perplessità della disposizione. « Se Tizio è mio erede, voglio che sia « mio erede Sejo; se Sejo è mio erede, voglio « che Tizio sia mio erede. » Evvi una perplessità, per la quale la condizione oppone una impossibilità alla disposizione, e la disposizione alla condizione. Marciano dunque decide, che questa istituzione è inutile (1). Ed in vero come potrebbe darsi qualche valore a l una disposizione così ben combinata per non avere alcun senso e non produrre verun risultamento ? (b).

221. Facciamo dunque due eccezioni all'art. 900. La prima ha luogo, se il testatore è preso da demenza; la seconda, se non ha voluto donare in un atto fatto ordinariamente per donare. Ma diciamo, che tranne queste due eccezioni, che non si ammetteranno mai, notate ciò, senza pruove determinanti, l'articolo 900 è una regola saggissima, prudentissima, e che non bisogna criticare leggiermente.

Come va dunque, che Cajo ha affermato, non esservi alcuna plausibile ragione per fare una distinzione tra le condizioni impossibili scritte nei contratti e le condizioni impossibili scritte nei testamenti? Diciamo per lo contrario che ve ne sono delle grandissime. In un contratto ciascuno disputa il suo terreno, si crea delle difese, e stipula una legge precisa, che è la regola delle due parti «Tutto vi deve essere interpretato *quantum verba sonant*. Dicevamo or ora, che le condizioni le più impossibili vi hanno un posto dettato dalla ragione, siane pruova la risposta degli abitanti di Lemnos; con più forte ragione si deve tenere un conto rigoroso di tutte le altre impossibilità Non si suppone niente d'inutile, niente, che non sia dettato da un interesse, niente, che non abbia una ragione di essere ed il suo motivo obbligatorio.

Nel testamento al contrario, atto unilaterale, atto dal quale il legatario è assente « e nel quale una discussione preparatoria non ha fissato la parte stretta di responsabilità di ciascuno, l'interesse, che il testatore ha potuto avere avuto nell'esecuzione della condizione, non ha la stessa urgenza e la medesima precisione. Ciò è così vero, che vedremo bentosto, che quando non dipende dal legatario di adempiere la condizione potestativa, si presume compita, sebbene nel fatto non lo sia (2). Ed è perchè lo spirito di liberalità, che presiede al testamento, non è così esigente, come lo spirito commutativo, che presiede ai contratti; è perchè, per la sua generosità questo spirito conduce a molta facilità e molta latitudine nella interpretazione, ed esclude i rigori inflessibili. « Vi lego 10 mila franchi se portate tale missiva in una città assediata. » È evidente, che questa disposizione sarà più benignamente interpretata della seguente clausola di un contratto di locazione di servizi: « vi pagherò 500 franchi, se portate questo dispaccio nella città assediata. » Nella prima ipotesi ho voluto farvi una liberalità, e se fate quanto potete per giungere nella città senza poterlo, la liberalità vi sarà dovuta Ma il salario non sarà dovuto nella seconda, che quando il dispaccio sarà stato recato, perciocchè tal'è la legge del contratto; legge, alla quale vi siete precisamente soggettato dopo deliberata discussione e mature riflessioni. Nel primo caso, se vi è dubbio, s'interpreta a favore del beneficato ; nel secondo s'interpreta contro del creditore.

222. Per meglio provare quanto queste distinzioni sono soddisfacenti per la ragione prendiamo qualche esempio d'impossibilità fornito dalle leggi romane, e si vedrà, che lungi dal ripugnare ai principî generali, li confermano; con che fortificheremo le osservazioni, che abbiamo innanzi presentate nei numeri 217 e 218.

Tizio vi dà la successione, se voi passeggiate per le strade in abito di Armeno (3). È evi-

(a) A mio modo di vedere lo stesso può dirsi di ogni condizione naturalmente impossibile, perciocchè non parrebbe, che possa esservi veruna differenza tra la condizione di toccare il cielo col dito e l'altro, che qui segue immediatamente nel paragrafo seguente, cioè di cessare gli uomini di camminare su' piedi e camminare sulla testa. Per lo che pensiamo, che sarebbe più conforme a' principî generali la dottrina, che nel caso di una revisione della disposizione, di cui è parola, ritenesse per regola generale come nulle le volontà testamentarie dipendenti da condizioni, naturalmente impossibili, e facesse eccezione solamente pe'casi, in cui dalle circostanze o da una particolare formola dell'atto risultasse. essere stato mente del testatore, che la sua volontà si eseguisse nonostante l'inadempimento della condizione, cui l' ha legato.

(*Il traduttore*)

(1) Infra, n. 279.

(b) S'intende del caso, in cui Tizio o Sejo fossero istituiti eredi universali individualmente. « Se Tizio è « mio erede universale, voglio, che Sejo sia mio erede « universale ». (V. n. 280). Dapoichè solo in tal caso l'istituzione di uno esclude quella dell'altro, e vi è quindi perplessità nella disposizione. Ma se la formola fosse esattamente quella indicata in questo numero 220, Tizio e Sejo potrebbero essere entrambi eredi, e solamente l'istituzione dell'uno dipenderebbe dall'accettazione della disposizione da parte dell'altro. Il testatore ha potuto avere delle buone ragioni per associare queste due liberalità, e renderle dipendenti l'una dall'altra.

(*Il traduttore.*)

(2) Infra, n. 328.

(3) Paolo dice : *Barbaro habitu*, scat. 3, 4, 2, § 2.

Digitized by Google

dente, che l' adempimento di questa condizione non è possibile a voi, che non avete i ciaici costumi d' un Gian Giacomo Rousseau. Ma in buona fede qual' è l' interesse, che la memoria di Tizio può avere all' adempimento di questa condizione? Qual' è l' int resse dei suoi successori legittimi? Non ve n' ha; e siccome l' interesse è la misura delle azioni, i rappresentanti di Tizio non avrebbero ragione a dimandare da voi di abbigliarvi da Armeno (a). Epperò la condizione deve ess re considerata come superflua e non scritta (1); il legato dovrà essere rilasciato puramente e semplicemente e gli eredi legittimi, ai quali Tizio vi ha altamente preferito, non avranno da dolersi sotto di verun rapporto (2).

Altro esempio.

Tizio mi ha istituito suo erede, se gli elevo un monumento in tre giorni, e si trova essere materialmente impossibile di eseguire in così breve tempo un lavoro di tal genere (3) E che! vorrete voi, che il Giudice annulli questa disposizione per questa circostanza secondaria, senza importanza, e che non ha potuto avere nel pensiero del testatore uon positiva considerazione? Evidentemente no, e l' erede non sarà legato da questo termine di tre giorni, che forse è un errore di penna, ed al quale in ogni caso non v' ha interesse per alcuno; invece avrà il tempo ragionevole per eseguire il monumento.

Ecco un altro caso non meno evidente.

Tizio mi ha istituito erede, se sposo sua figlia e si trova, che sua figlia era già morta a di lui insaputa nel momento del testamento (4); nonpertanto ha lasciato sussistere il suo testamento senza nulla cambiarvi dopo di avere conosciuta la trista nuova della sua morte. Perchè il Giudice sarebbe più severo di lui? Perchè si vorrà incaricare questo Giudice di fare quello, che il testatore non ha fatto? Come potrebbe egli coscienziosamente decidere, che Tizio ha inteso, che il suo testamento restasse senza effetto? Forse non è chiaro, che la quistione è decisa dallo stesso Tizio in un senso, che sopprime la condizione? (5)

223. Supponiamo adesso, che il testatore abbia prescritto qualche condizione contraria ai buoni costumi. Forse il legatario non è dispensato dall' adempirvi? *Testatoris voluntati*, dice Cujacio, *parendum non esse, si quid jubeat, fieri contra leges, contra edicta, contra bonos mores* (6). È dispensato dal soddisfarvi, perchè la sua buona volontà è paralizzata dal rispetto dei costumi e delle leggi, e che non dipende da lui di mostrare il suo rispetto per l' ordine del defunto. Quando vi è un interesse pubblico o privato, che il legatario obbedisca alla volontà del testatore? Quando questa volontà non è in ostilità con le leggi e coi costumi. Ma quando essa insorge e otra ciò che bisogna rispettare, non ha dritto all' obbedienza. *Toties secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quoties contra legem nihil sit futurum* (7). Allora la legge rimette al legatario una condizione, che brava la legge: e dico rimette, perchè questa è la giustissima espressione di Pomponio: *Remitti eis conditionem* (8). Niuno può dolersene. Il legatario avrebbe per certo obbedito alla condizione, se fosse stato possibile; essendo impossibile, bisogna rimettergliela per rispetto di quello, che il testatore non ha abbastanza rispettato; bisogna poi avere riguardo alla liberalità, il pensiero della quale domina la disposizione (9). Chi avrà dunque azione ed interesse per dimandare l' adempimento della condizione?

È vero, che nei contratti ne rimane viziata la stessa disposizione, ma evidentemente la ragione si è. che le due parti sono complici dell' oltraggio fatto alla morale ed alla legge; il che non può dirsi di un semplice legatario, che è irriprovevole, e vuole rimanere tale. La legge non può toglierglì il suo legato, perchè egli intende di serbarsi fedele alle sue prescrizioni.

(a) Il debitore del legato non ha forse interesso, che il legatario sia costretto ad adempire la condizione, da cui dipende il legato? Che importa a me, erede istituito, che Tizio vada o non vada al Campidaglio? Ed intanto se gli è stato lasciato un legato a condizione di andare al Campidaglio, e che mi viene a chiedere il rilascio del legato, ho interesse a dimandare la pruova di avere adempito la condizione Con pari ragione posso chiedere, che Tizio vada vestito d' armeno, perchè se egli non ho l' animo di farlo o di perseverarvi, guadagnerò il legato.

In quanto poi all' interesse relativamente alla memoria del testatore, rammento prima di ogni altro quello, che lo stesso nostro egregio autore ha insegnato, essere cioè il defunto l' arbitro assoluto di modificare con quelle combinazioni, che crede la propria liberalità. « Nelle materie di pura beneficenza, egli ha « detto, la volontà dell' uomo ha qualche cosa di di« screzionario, che può andare sino alla fantasia » (n 188). E bene è una fantasia quella di obbligare Tizio a vestire abito armeno

Ma in secondo luogo il testatore ha potuto avere dei convenienti motivi per volere questa foggia particolare di abbigliamento. Ha potuto voler serbare nel suo legatario così abbigliato una reminiscenza storica di un costume, che prediligeva, o di luoghi o di persone, che gli sono state care; ha potuto essere armeno di nascita o di origine, ed ha voluto lasciare al suo paese una pruova vivente di lui. Ciò è anche troppo per provare l' interesse di una condizione, che può non averne alcuno, e derivare da una semplice fantasia.

(*Il traduttore*).

(1) *Supervacua*, l. 113, D , *De leg* , 1°.
(2) L. 37, D , *De condit. instit.*
(3) L. 6, D , *De condit. instit.*
(4) L. 6, § 1, D , *De cond. et demonst.*
(5) Voet, 28, 7, 20, 21.
(6) Recit. sol. sulla l. 113, § 3, D . *De legat* , 1°.
(7) Paolo, l. 37, D., *De cond. et demonst.*
(8) L. 7, D , *De cond. instit.* Dice ciò in un commentario sopra Sabino. Aggiungi Marcello, l. 29, § 2. D., *D. test. milit.*
(9) L. 37, D , *De cond. instit.*

Ed in vero che giustizia sarebbe quella che lo spogliasse pel suo obbedire alla giustizia! (1) Ciò dice Modestino in un caso in cui il testatore aveva istituito il suo erede a condizione, che getterebbe i suoi resti nel mare: *Laudandus est magis quam accusandus heres. qui reliquia testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abjecit, sed memoria humanae conditionis sepulturae tradidit* (2). Parole eccellenti, che saranno la conclusione della nostra discussione (3).

224. Termino col far osservare, che la più parte dei codici moderni sono conformi all'articolo 900. Si può citare i Codici del Cantone di Vaud, delle due Sicilie, di Sardegna, ecc. Nondimeno il Codice Austriaco ha adottato il sistema dei Proculiani (4).

Del resto taluni Giureconsulti avrebbero voluto, che l'articolo 900 non avesse applicata la sua regola, che ai testamenti, e che avesse lasciato le donazioni sotto l'impero dei principi relativi ai contratti. Ed in effetti il Codice sardo ha limitato ai testamenti la disposizione dell'articolo 900, ma checchè se ne dica, lo spirito di liberalità delle donazioni esige regole d'interpretazione diverse dai contratti.

225. Fermiamoci per precisare i caratteri delle condizioni impossibili (5).

Una cosa è impossibile non solamente quando vi s'incontra una impossibilità di natura, ma anche quando vi è impossibilità di dritto, e di fatto.

1.° Toccare il Cielo col dito, o *quando i cervi pascoleranno nell'aria* (6), è questa un impossibilità di natura, che colpisce tutti gli animi ragionevoli, e della quale niuno potrebbe dubitare.

2.° Uccidere un uomo sulla pubblica piazza è un'impossibilità di dritto, poichè la legge lo proibisce. Bisogna avere un animo cattivo e pervertito per associare a tale condizione l'idea che essa è possibile. Papiniano ha detto mirabilmente, ed in un linguaggio, che Cujacio chiama quasi cristiano. *Quae facta laedunt pietatem existimationem, verecundiam nostram, et ut ita dicam, contra bonos mores fiunt nec facere nos posse credendum est* (7).

3.° Andare da Parigi a Berlino in due ore è una impossibilità di fatto. Una cosa è di fatto impossibile, quando essendo possibile di sua natura, non può essere eseguita a causa del tempo, del modo, o del luogo prescritto.

La legge 6. D., *De condit. instit* contiene l'esempio di una condizione impossibile di fatto e riputata non scritta. Parla Ulpiano: *Si quis ita institutus sit, si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset, cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit, conditionem avanescere quasi impossibilem* (8).

226. Osservate, che per essere riputata non scritta bisogna, che l'impossibilità sia assoluta, vale a dire, che non sia in potere di alcuno di adempiere la condizione. Perciocchè ciocchè è impossibile per alcuni ma possibile per altri, è riputato possibile per tutti: « Si « ab eo stipulatus sit qui efficere non possit, « cum alio possibile sit, jure factam obli« gationem Sabinus scribit » (9).

227. Vi sono delle condizioni false, che Papiniano nella legge 72, § 7, D. *De cond. et demonst.* chiama impossibili, perchè non possono realizzarsi per effetto di qualche fatto falso, che vi si trova mischiato, come di pagare una cosa non dovuta (10). Queste condizioni sono solamente impossibili per accidente, e per formarsi una idea giusta della loro influenza sulla disposizione debbono essere considerate in tre tempi: prima della confezione del testamento, dopo della confezione del testamento, e dopo della morte del testatore. Quando non divengono impossibili che dopo del testamento e della morte del testatore, non si tratta più della loro inutilità, ma si disputa del loro adempimento.

228. Un testatore aveva istituito Lucio Tizio erede sotto questa condizione; *si filia mea vivet.* Ora questo testatore non aveva mai avuto figli, ma probabilmente aveva pensato ad un'adozione, e non l'avea realizzata. Il Giureconsulto Alfeno, nel riferire l'opinione di Servio, risponde, che Tizio dev'essere erede, perciocchè è questa una di quelle condizioni, che la loro falsità rende impossibili, e che non possono avere veran vigore (11).

Avviene lo stesso delle condizioni, che senza essere state sempre false ed impossibili, lo sono divenute prima della confezione del testamento, come dice la legge 6, §. 1. Dig. *De condit. et demonst.* Una figlia, che il testatore supponeva viva, era morta prima del testamento, e Pomponio, abbracciando l'avviso di Sabino e di Cassio, decide, che simili condizioni debbono essere soppresse.

(1) Mantica, *De conjecturis*, III, 3, 16.

(2) L. 27, D, *De cond. instit.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 434, n. 27.

(3) Raccomando allo studioso lettore una dissertazione di Giuseppe Averanio, ch'è scritta con vigore ed eleganza, e che sostiene la nostra tesi: *Interpr. iuris*, lib. II, cap. 21.

Il Presidente Fabro è anche di questo parere, benchè non abbia l'abitudine di giurare sulla parola del maestro. (*Conject.*, VI, 12, 1).

(4) § 698.

(5) Montaigne ha fatto su di ciò delle riflessioni morali. (Saggi, lib. 1, cap. 26).

(6) Virgilio, *Eclog.* 1.

(7) L. 15, Dig, *De cond instit.* Cujacio su questa legge, lib. XVI *Quaest. Papin.*

(8) Pothier, *Pandect*, t. II, p. 453, n. 24 Fargole, VII, 2, 25.

(9) L. 257, § 5, Dig, *De verb. obligat.*

(10) Pothier, *Pand*, t. II, p. 253, n. 24.

(11) L. 45, Dig, *De haered. inst* Pothier, *Pandect.*, t. II, p. 453, n. 23.

Digitized by Google

229. Ma prima di andare più lungi, bisogna parlare di una opinione accreditatissima tra gl'interpreti del dritto romano. Consiste nel dire, che le condizioni, che il testatore ignorava essere false o impossibili, non debbono essere riputate non scritte, ma viziano la disposizione, perocchè, secondo loro, le condizioni, che la legge dichiara non scritte, sono quelle, che da principio sono giudicate tali da tutti, e delle quali il testatore ha potuto conoscere la natura. Ma non potrebb'essere così, secondo quest'interpreti, di quelle, la cui esecuzione gli è sembrata possibile, e la cui impossibilità gli è stata ignota. Si fondano su che il testatore avendo avuto una giusta causa di credere alla possibilità della condizione, e per conseguenza avendo voluto, che fosse adempita, non bisogna scindere la sua volontà, ma è d'uopo per lo contrario, che mancando la condizione, la disposizione casca per intiera. Poggiano questa opinione sulla legge 58, Dig. *De condict. indeb.*, nella quale si vede un testatore lasciare un legato di cento scudi d'oro al suo schiavo, se riceverà la libertà *ex testamento*. Ora che avvenne? Che questo schiavo dopo di avere ricevuto il legato fece dichiarare da Sentenza del Giudice, che non era stato mai schiavo, e ch'era ingenuo per nascita. Allora l'erede lo convenne in ripetizione, e Papiniano pronunziò, che il legatario dovesse restituire quello, che aveva ricevuto. La condizione di ricevere la libertà *ex testamento* è stata sempre impossibile, dicono gl'interpreti, poichè un ingenuo non può acquistare la libertà, e nondimeno non è dichiarata non scritta, e vizia il legato secondo il responso di Papiniano. Tal'è la opinione quasi generalmente accreditata tra gli autori dell'antica scuola. Doneau l'insegna come non dubbia (1). Mantica la siegue senza esitare sulla fede di antichi commentatori (2), e Ricard si unisce al parere comune (3). Da ultimo il giudizioso Pothier l'adotta nelle sue Pandette (4), ma con una distinzione. Se la condizione impossibile per accidente consiste in un fatto lasciato a peso del legatario, bisogna considerarla come non scritta, o che il testatore abbia o pur no conosciuta l'impossibilità di questo fatto; perciocchè non si può supporre, che abbia voluto imporre a colui, che gratifica, una condizione impossibile (L. 26 §. 1, D., *De statu liberis*; l. 41. §. 16, D., *De fideic. libert.*). In tutti gli altri casi si può mettere nella condizione un fatto impossibile per se medesimo, ma tale, che il testatore poteva ignorare, se questo fatto fosse o no impossibile.

L'Giureconsulto Averanio (5) ha combattuto con forza questa opinione, che chiama « *falsissima et nulla lege suffulta.* » « *Pervertruit*, dice questo sapiente autore, *pervertruit omnes interpretes veteres hujus argumenti vis* (l'argomento tirato dalla legge 58); « atque ut eam eluderent novo commento, totam rationem detrahendi conditiones impossibiles perverterunt. Invaluit itaque *opinio falsissima et nulla lege suffulta*, conditiones, quas testator falsas esse ignorabat, non detrahi, sed vitiare ultimas voluntates, cum tamen hae tanto magis detrahendae sint, quanto certius est eas incauto testatori excidisse. »

Averanio aggiunge, che si è male intesa la legge 58, e che la ragione, per la quale viene accordata la ripetizione del legato, è fondata su di una falsa causa, su di una ipotesi che non era vera, imperocchè lo schiavo, che si pretende ingenuo per nascita e ch'è stato affrancato con de'vantaggi, che gli ha fatto il suo padrone, deve perdere le liberalità, la di cui falsa causa è nella falsa opinione, che il benefattore fosse un padrone, e che la libertà si facesse ad uno schiavo; il che il Senato ha deciso, ed i prudenti hanno eretto in regola generale, come può vedersi per la legge 1. C., *De ingenuis manumissis*; e che perciò se Papiniano decide, che svanisce il legato, non è per la impossibilità della condizione congiunta all'ignoranza del testatore, ma pel § 6 e per un principio generale ammesso in giurisprudenza (6).

231. Codesta interpetrazione mi sembra tanto più soddisfacente, che la trovo con piccola varietà in Cujacio (7), che tratta molto galantemente Accursio per avere creduto, che l'impossibilità della condizione valesse qui por qualche cosa. Furgole (8) è dello stesso parere.

Ciò stabilito, si vede chiaramente, che l'opinione respinta d'Averanio prende origine nell'immaginazione degl'interpreti per conciliare la legge 58 col principio (che non l'è affatto contrario) che le condizioni impossibili sono considerate come non scritte. Per lo che bisogna rigettarla come tendente ad imbrogliare delle cose chiare, ed a tormentare la volontà de'testatori con delle congetture capricciose, sorgente di numerosi processi. D'altronde la legge non distingue, e rigetta in generale le condizioni impossibili. Seguiamola senz'abbandonarci a delle vane sottigliezze, a menochè la volontà del testatore non conduca ad un altro risultamento, come nel caso preveduto da Papiniano (9).

(1) *Comm.*, 8, 32, 7.
(2) *De conject.*, tit. 10, 7.
(3) *Dispos. cond.* n. 226.
(4) Tom. II, p. 452, n. 22.
(5) Scriveva nel 1738.

(6) *Interpr. juris*, 2, 34, n. 17, 18, 19.
(7) Lib. IX, Resp. Papin., sulla legge 58, *De condit. indebiti*.
(8) VII, 9, 129.
(9) V. infra n. 1290 e seguenti.

Digitized by Google

232. Veniamo ora all'epoca, in cui l'impossibilità sopravviene dopo la confezione del testamento.

Qui si tratta meno di sapere, se la condizione, divenuta impossibile, è riputata non scritta, che di sapere, s'è mancata o no; s'è dipeso o no dal legatario di adempirla: se infine, non essendo adempiuta, si può nondimeno mercè una finzione averla per adempita. Ci occuperemo di questo caso quando tratteremo dell'adempimento delle condizioni (1).

233. In quanto alla terza epoca, se la condizione divienc impossibile dopo la morte del testatore, non v'ha dubbio, che in niun caso è tenuta come non scritta. O manca, e porta con se l'annientamento della condizione; o è tenuta per adempita, ed allora la sostiene. Parleremo *infra* de'casi, ne'quai essendo mancata, viene nunpertanto riguardata come adempita (2).

234. Cade ora a proposito di passare in rassegna talune condizioni, che hanno fissato l'attenzione da'Giureconsulti, e che sono state segnalate come non scritte, perchè sono contrarie alle leggi ed a'costumi. Secondo Cuiacio vengono giudicate non solamente sotto l'aspetto de'buoni costumi naturali, ma ancora a tto l'aspetto de'buoni costumi civili: « *Non tantum intelligimus contra naturales (bonos mores) sed etiam contra civiles* (3). Ed eccone degli esempi. Contrarre un matrimonio incestuoso (4); portare un abito dison sto o anche un abito straniero (5), un abito da uomo, quando il legato si dirige ad una donna, o un abito da donna, quando il gratificato è un uomo (6); non riscattare suo padre dalla schiavitù (7), o non fornirgli gli alimenti (8), commettere un omicidio (9); tenere un luogo di deboscia (10); ed in generale ciocchè è contro la pietà, la riputazione, il pudore e la decenza (11) o, come dice, il giureconsulto Marciano: « *Contra edicta imperatorum, contra leges, aut quae legis vicem obtinent, quae contra bonos mores vel derisoriae sunt* (12) ».

235. La condizione di giurare ha di molto occupato i giureconsulti romani. Spesso avveniva in Roma che il testatore imponeva a' suo erede la condizione di giurare, che adempirebbe i pesi del testamento. Si venne in chiaro, essere quest' uso una sorgente di falsi giuramenti, o un subietto di timori per le timidi coscienze. Onde il Pretore ne fece la rimessione (13) nell'interesse dell' ordine pubblico e de'buoni costumi (14); « *Cum enim faciles sint nonnulli homines*, dice Ulpiano (15) *ad jurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi, vel illi, aut consequerentur, aut perderent quod relictum est, Prætor consultissime intercenit* (16). Nonpertanto la condizione di giurare non era considerata come non scritta nelle liberazioni da servitù fatte per testamento (17). È ancora da osservare, che era ammessa ne'contratti (18). Ed in effetti Giuliano dichiara, essere una condizione obbligatoria questa, che siegue: Prometto di darvi quietanza di ciocchè mi dovete, se giurate di non essere stato al Campidoglio ».

Questa giurisprudenza era ammessa in Francia (19) ma il signor Toullier (20) pensa, che sotto il codice Napoleone la condizione di giurare è sempre valida.

In quanto a me vorrei fare delle distinzioni; così per esempio non avrei verun riguardo alla condizione imposta all'erede di giurare sollennemente, che adempirà a'pesi del testamento, imperocchè è questo un abuso, che non ha nulla di utile nè di rispettabile. Forse non vi sono le leggi per obbligare l'erede a tutti i pesi della sua istituzione? Qual bisogno vi è di aggiungervi il giuramento e l'intervento di Dio? D'altronde innanzi a chi questo giuramento sarà prestato? Quale sarà l'autorità, che avrà la missione per riceverlo? Forse il testatore ha dritto di mettere in movimento per un suo capriccio le pubbliche autorità? Ed aggiungiamo, che questa prodigalità di una cosa tanto santa, quanto il giuramento, non è soltanto contro i buoni costumi, ma è ancora fuori de'nostri costumi.

Non però se il testatore avesse detto: « Lego cento franchi a Seio, se giura tra le mani del mio erede, che non conosce l'autore del libello lanciato contro di me », non veggo perchè l'ordine pubblico respingerebbe questa condizione. Ammessibile ne' contratti, anche secondo i Romani, ammessibile nelle liberazioni da servitù per testamento secondo gli oracoli della loro giurisprudenza, perchè verrebbe rigettata nel dritto francese? Forse non vi ha pure la sua ragione?

236. Avvi degli spiriti fantastici, che dopo di avere mostrato la loro singolarità negli atti

(1) Infra ni 329 a 339.
(2) Ni 326, ecc. V. Averanio, 2, 34, 24, a 34.
(3) *Quaest. Papin.*, Lib. XVI, sulla legge 15, D., *De cond. instit.*
(4) Cujacio, *luog. cit.* Infra, n. 246.
(5) Paolo, Sentenze, 3, 4, 2, § 2.
(6) Cujacio, *luog. cit.*
(7) Paolo, l. 9, D., *De condit instit.*
(8) Idem.
(9) Cujacio, *luog. cit.*
(10) Cujacio, *luog. cit.*
(11) Papin., L. 30, D. *De condit. instit.* — *Sopra*, n. 225.
(12) L. 14, D., *De condit. instit.*
(13) L. 8, § 3, D., *De condit. instit.*
(14) Marcello, L. 20, D., *De condit. et demonstr.*
(15) L. 8, D., *De cond. instit.*
(16) V. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 454, n. 28.
(17) Ulpiniano, L. 12, D., *De manum. test.*
(18) L. 39. D., *De jurejurando.*
(19) Furgole, t. II, 7, 2, 48. Ricard, *Dispos condiz.*, n. 240.
(20) T. VI, n. 489.

Digitized by Google

della vita, vogliono pure dopo la loro morte rendersi singolari pe'loro capricci. Il perchè li vedrete imporre a'loro funerali le più ridicole condizioni, come di vestire di porpora il loro cadavere (1) e d'abiti di color rosa i loro parenti ed i loro domestici; li vedrete ricercare uno spettacolo insolito ed indecente in ciò, che le cerimonie umane hanno di più lugubre (2).

Marcinno, dopo Papiniano, non vuole, che si eseguano queste volontà del testatore, che portano un carattere d'inezie: *ineptas voluntates* (3); erano frequentissime presso i Romani; per esempio, v'instituisco mio erede, se mi seppellirete co' miei diamanti e co' miei giojelli, o altre cose del pari inutili « *aut si qua alia supervacua* » (4). Questo fu fatto da una Dama romana, che volle, si seppellisse co'suoi più ricchi abiti e coi suoi smeraldi (5). Tali condizioni non sono degne di essere rispettate, perocchè sono delle profusioni ridicole o inette (6), o delle superstizioni contrarie alle sane credenze religiose (7), e delle fantasie balocche e vane, che urtano la beneficenza. È d'uopo della decenza ne' funerali, vi è d'uopo della circospezione (8). L'eccesso, il fasto, lo straordinario sono quasi delle empietà.

237. Veniamo a delle condizioni più conforme a'nostri costumi.

La condizione assoluta di non maritarsi è considerata dalle leggi romane come contraria all'ordine pubblico, perchè pregiudica lo Stato, la cui pepiniera è il matrimonio (9). D'altronde impaccia una vocazione naturale, ed è un ostacolo alla libertà. Infine può gettare sul cammino dello sregolamento e menare al concubinato (10).

Questo è quello, che viene insegnato da tutti gli autori, perocchè d'accordo con le leggi romane ne hanno fatto una regola sempre ripetuta, ed anche espressamente consegrata nelle due leggi de'5, 12 settembre 1791 e 17 nevoso anno II (11). Nondimeno è necessario, se non si vuole errare, di condursi con uno spirito critico nell'applicazione di questa regola.

Il dritto romano aveva nello stabilirla un motivo politico, che oggi non esiste più nel medesimo grado. Aveva da lottare contro lo spopolamento, ch'era seguito alle guerre civili, e contra il gusto esagerato del celibato, di cui Roma era infettata (12), sì che bisognava prestar soccorso alle riforme introdotte da' politici del tempo per incoraggiare il matrimonio. Un intiero sistema di rigenerazione sociale e di economia politica proscriveva tutto ciò, che da vicino o da lontano potesse distrarre dal matrimonio, cosicchè la condizione *si non nupserit* non poteva sfuggire a'suoi rigori. Grazie al cielo i nostri costumi sono molto differenti, non ci dolghiamo de'vuoti della popolazione: nè abbiamo da deplorare il disprezzo sistematico del matrimonio, comecchè questa unione serba nella vita il grado, che le appartiene. Ed è questa una grande ragione per non adombrarsi di soverchio delle condizioni relative al celibato. Il codice non se ne occupa di una maniera speciale, come troppo leggiermente avevano fatto le leggi del 1791 e dell'anno II. oggi abrogate. Se ne riporta alla coscienza del giudice, perchè si contengano nel limite de' nostri costumi e delle nostre idee.

Suppongo, che Tizio abbia una nipote povera, e che incarica Caio suo erede di tenerla e nudrirla in casa sua, se non si marita. La saggezza di questa disposizione si spiega meravigliosamente. Tizio ha voluto mettere sua nipote al coperto del bisogno, ma ha pure voluto, che se pel matrimonio trovasse un sostegno, il suo erede fosse esente dal peso di nudrirla e mantenerla. Ciò non significa fare la guerra al matrimonio, ma dare un appoggio ad una persona, che ne ha bisogno, sinchè rimarrà nel celibato (13).

Dal che si vede quanto sarebbe dannosa di ammettere senza distinzione la regola del dritto romano relativa alle condizione, *si non nupserit*. Presso noi non siamo inclinati ad essere ostili al matrimonio; ciò non è de'nostri costumi, onde niente vieta al testatore di prevedere il caso del celibato e di regolare su questo stato le sue liberalità. Ogni volta che la condizione si spiega da un interesse del legatario o da una previdenza legittima del testatore, non è permesso di calpestarla.

238. Del resto tutti convengono, che la condizione di non maritarsi non merita il rimprovero, che incorre secondo le leggi romane, se non quando è assoluta. Imperciocchè se ha un carattere relativo, dev'essere presa in considerazione: per esempio il testatore può legare una cosa a Seja, se non si marita con Tizio, suo nemico (14).

(1) Mantica, *De conject.*, III, 3, o 2, 5, 9.
(2) Ciocchè aveva fatto un Dottore di Padova. Mantica, 2, 5, 9.
(3) L. 113, § 5, D., *De legat.*, 1°. Mantica, *De conject.* III, 3.
(4) L. 113, § 5, D., *De legat.*, 1°.
(5) Scevola, l. 40, § 2, D., *De auro, argento, ecc.*
(6) Ulpiano, l. 14, § 5, D., *De religiosis.*
(7) V. Alessandro di Alessandro, 3, 2 e 6, 4.
(8) Cicerone, *De legibus*, 2, 23, 24. Cita la legge delle XII tavole.
(9) Paolo, *Sent.*, 3, 4, 2, § 2. L. 79. § 4, D., *De cond. et demonstr.*
(10) V. Cassazione, 20 Gennaro 1806.
(11) *Infra*, n. 244.
(12) Il mio comm. del Contratto di matrimonio pref. p. XII.
(13) Liege, 8 gennaio 1806.
(14) L. 64, D., *De condit. et demonstr.* Pothier, t. II, p. 455, n. 35. Furgole, *luog. cit.* Voet, *ad Pand.* 28, 7, Arresto di Provenza, maggio 1763 Bonifacio, t. IV, n. 5, t. 1, cap. 6. Furgole cita un arresto del parlamento di Tolosa del 1715 (VII, 3, 91).

Digitized by Google

Può anche instituirla sua erede a condizione, che non sposi un uomo di un rango inferiore al suo, o la cui parentela può essere disaggradevole alla famiglia. Checchè ne dica la corte di Liegi, non v'ha in questo niente, che urti l'ordine pubblico, le leggi, il rispetto altrui (1).

L'amore dell'uguaglianza è certamente una cosa lodevole, ma non vieta certe convenienze, che risultano dalla posizione sociale, dalle relazioni del mondo, e dall'educazione (2). Dall'altra parte la libertà della persona non resta sacrificata da questo divieto, che lascia alla scelta della legataria una grandissima latitudine.

239. Nè dovrebbe essere diversamente, se non quando una ragione di pubblica decenza rendesse il matrimonio moralmente obbligatorio. Supponiamo, che il legatario abbia resa madre una donzella del suo rango (a) e che il testatore gli vieta di sposarla, tale condizione sarebbe contro i costumi e dovrebbe essere annullata (3). La corte di Bruxelle ha pure deciso ragionevolmente, che non bisognava tener conto del divieto, che il testatore, esercitando la professione di Medico, aveva fatto a sua nipote di sposare un nominato Clemente Brichot, musico. Quando il testatore aveva così disposto, ignorava, che sua nipote fosse gravida di Brichot. Questa donzella essendosi sgravata di un ragazzo, di cui Brichot si era dichiarato padre con atto autentico, era evidente che in tal caso il matrimonio era un atto morale, tendente a riparare l'onore della legataria, ad assicurare uno stato legittimo a suo figlio, e che il divieto scritto nel testamento non doveva avere effetto (4), malgrado l'ineguaglianza di condizione.

240. In quest'ordine d'idea si domanda, se la condizione di non maritarsi se non con la volontà e col consenso formale di tale persona è valida. Il parlamento di Provenza ha deciso con un arresto de' 10 di ottobre 1765, che la condizione imposta ad un figlio da suo padre di non maritarsi, che col consenso di suo zio, doveva essere respinta... (5). Simile decisione è stata renduta dalla corte di Parigi il 7 di giugno 1849 nella causa Stacpoole (6).

Questi due arresti possono giustificarsi con la legge 72, § 4, D. *De condit. et demonst.*, il cui motivo, chiaramente espresso da Papiniano (7), è di non doversi apporre impedimenti al matrimonio: ***ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur.*** Cujacio nel commentare questo testo (8) fa rimarcare, che presso a poco è come se il testatore avesse imposta al legatario l'obbligazione di non maritarsi. Perocchè siccome il matrimonio dipende dall'arbitrio del terzo, cui il testatore si è rimportato, che cosa ne avverrà, se a questo terzo piace di riunsare tutti i partiti? ***Quid si Titius arbitrari nolit? Quid si nullam conditionem nuptiarum comprobet?*** Forse non è lo stesso, che se il testatore avesse imposto al suo legatario la condizione del celibato? (9) D'altronde le leggi hanno designato le persone, il cui consenso è necessario al matrimonio, ed è chiaro che l'arbitrio di un testatore non potrebbe estenderne il confine per restringere la libertà.

241. Nondimeno non vorrei applicare queste decisioni in uno spirito troppo assoluto. Il testatore può lasciare per esempio ad nipote inesperto, gli dà quindi una guida per dirigerlo e per prevenire dei falli irreparabili, e soprattutto vuole che si giovi de' consigli di questa guida pel più importante atto della sua vita. Che vi è in ciò di contrario alla libertà, ai costumi, alle leggi dello Stato? Notate bene, che non parlo d'una decisione sovrana, ma di un consiglio da prendersi da un mentore designato. Sarà forse permesso a questo giovane libertino di disprezzare questa legge testamentaria, o di maritarsi a sua testa senza neppure consultare il suo consigliere? Ammetto quanto si vuole, che se il terzo, nel quale il testatore ha messo la sua confidenza, la tradisce, dimostrando un mal volere, l'erede rimarrà nella sua piena libertà (b). Vi rientrerà pure, se il mentore viene a premorire; vi rientrerà ancora

(1) Arresto di Liége, 12 Gennaro 1813.

(2) Baylo-Monillard, su Grenier, t. I, p. 701.

(a) La circostanza dell'uguaglianza del rango in questo caso di un matrimonio, comandato dalla morale, è tutt'affatto non necessaria, onde l'eccezione debba ricevere la sua rigorosa applicazione. L'autore lo dice immediatamente nel riferire l'arresto della Corte di Broxelles, conchiudendo, che la proibizione scritta nel testamento non doveva aver effetto malgrado l'ineguaglianza delle condizioni. E quantunque nella specie di quell'arresto il divieto del matrimonio era fatto a colei, ch'era moralmente interessata, perchè il matrimonio seguisse, o che il testatore ignorava la circostanza, per la quale il matrimonio diveniva indispensabile, la decisione dovrebb'essere la stessa nel caso, in cui il divieto fosse fatto a colui, che deve questa morale riparazione, e che il testatore avesse scritto il divieto apposto per impedire il matrimonio attesa l'ineguaglianza delle condizioni. Al cospetto della morale vien meno ogni disparità di natali, ed il divieto di riparare un fallo commesso e ripristinare nella società una persona, che per debolezza o per seduzione ne aveva meritata la riprovazione, è così immorale relativamente ad una donzella d'intemerati costumi, ingannata, di onesta famiglia, ma di rango inferiore al suo seduttore, como per una Signora di uguale condizione della sua.

Il traduttore.

(3) Forgole, VII, 2, 57.

(4) Devilleneuve, 3, 2, 67. Grenier, t. I, pag. 702 a 703.

(5) Bonifazio, 4, 5, 1, 6. Furgole, VII, 2, 59.

(6) Davill. 49, 2, 406.

(7) *Quaest.*, lib. XVIII.

(8) Nel suo Comm. delle quistioni di Papiniano, *luog. cit.*

(9) V. pure Mantica, XI, 18, 8.

(b) Chi sarà il Giudice di questo mal volere? Sarà indispensabilmente il Magistrato, il quale, se troverà, che i motivi del rifiuto corrispondono alla confidenza del testatore, non potrà esser astretto a consentire al

se dopo di avello inteso ne'suoi avvertimenti, persiste in un altro progetto. Ma che il legatario si abbandoni ad un capriccio disordinato senza neppure informare della sua risoluzione quest'amico del suo benefattore e suo; che affetti di maritarsi fuori di ogni convenienza e senz'alcun consiglio, ecco quello, che non ammetterei. Prime di tutto doveva consultare l'uomo saggio, cui l'aveva diretto la prudenza del testatore. Forse tale consiglio avrebbe prevenuta una unione vergognosa ed infelice. Non dico già, lo ripeto, che rimanesse vincolato dal consiglio, perchè in queste materie le sole persuasive possono agire, ed il consentimento di un estroneo non potrebbe avere la stessa forza del consenso paterno. Ma almeno dovrebbe chiedere il suo consiglio, ed è colpevole di avello disprezzato per un'abusiva preterizione.

Codesto temperamento è benissimo insegnato de Montica dopo Paolo di Castro e di altri eminenti giureconsulti (1), che fanno osservare, essere i consigli de'parenti e degli amici una cosa utile ne' matrimoni, e che lungi dal vedere in quest'obbligazione, imposta dal testatore, qualche cosa di contrario alla libertà ed alla natura, bisogna vedervi un precetto del tutto conforme alla prudenza ed anche all'abitudine degli uomini savi (2).

242. La condizione di farsi prete impone l'obbligazione di non maritarsi. Sotto di questo forma la condizione di non maritarsi è lecita?

Per esempio: « Lascio una biblioteca di dritto canon co a mio cugino, se si fa prete ». Lascio a Giuseppe tale somma di argento per servirgli di titolo clericale nel caso, che persiste nella vocazione di farsi prete. « Siffatte clausole sono valide del tutto, (3) nè si concepisce neppure, che si possa seriamente contestarne la legalità.

Nonpertanto Ricard, che sì spesso è fuori via, ha elevato dei dubbi su di ciò (4), ed il signor Grenier ha diviso i suoi scrupoli (5), dicendo, che non bisogna profanare una cosa sì santa, come gli ordini sacri, eccitandovi con la speranza di beni temporali; ch'è spingere alla simonia ed al sacrilegio; che una vocazione al sacerdozio deve venire dall'alto, e che perciò bisogna domandarla alla grazia. Ma tutte queste ragioni sono o inapplicabili o insostenibili (6), perchè il matrimonio è pure un sacramento, e conseguentemente un atto favorito da Dio, e nondimeno non è vietato d'invitare al matrimonio con de' benefizi (7). È dunque del pari permesso di sviluppare e raffermare la vocazione al sacerdozio con delle ricompense temporali, di fare un patrimonio a colui, che vi si destina, di dargli i mezzi di sostenere questo stato, ch' esige la liberalità verso i poveri, l'istruzione verso i fedeli, l'indipendenza verso gli uomini. Lo Stato favorisce il sacerdozio, perocchè dispensa dal servizio militare i giovani, che si dedicano a questa professione, e s'incamminano per gli studi, che vi conducono. Perchè si vieterebbero ai particolari degli incoraggiamenti analoghi?

L'intenzione del testatore non sarebbe suscettibile di critica che in quanto avesse tentato di gravitare sulla coscienza, di distornare da un'altra vocazione per l'attrattiva del guadagno ec.; ma dev'essere approvata quando vuole solamente associarsi ad una vocazione già destata; e quando cerca di buona fede di dare alla Chiesa un Ministro, che possa bene servirle.

Quasi una specie di questa quistione si è presentata innanzi la corte di Grenoble in un affare, in cui il testatore aveva legato 5000 franchi a suo nipote, allora nel piccolo seminario, unicamente « per aiutarlo nella sua vocazione « di farsi prete e non per altra causa sotto « pena di nullità ». Il seguito del testamento proveva, che il legatario non poteva ricevere la somme de' 5 mila franchi, che in quantochè abbracciasse lo stato ecclesiastico. Per arresto degli 11 di agosto 1847 la corte di Grenoble ha deciso, che questa condizione doveva essere considerata come non scritta (8).

È da rimarcarsi che il giovenetto era già

matrimonio nel senso, che debba ritenersi per adempita la condizione. D'onde sembra, che si debba ritrarre non essere in arbitrio dell'erede o del legatario di trasandare il consentimento della persona indicata oltre il caso, in cui il di lui rifiuto dipendesse da capriccio o da mal volere. Nè ciò si oppone alla libertà di contrarre matrimonio con chi si vuole, nè introduce la necessità di un nuovo consenso a quest'atto, non richiesto dalla legge, perciocchè non sarà vietato all'erede o al legatario di sposare la persona, che vuole ora bensì di rinunziare al beneficio della disposizione. Ed il testatore, che poteva non dar nulla, ha ben potuto volere, che il beneficato, se volesse dividere con altri mercè di un matrimonio il beneficio, che riceveva, non dovesse prescegliere quella persona, che incontra il disgusto di esso testatore. Se questi fosse vivuto nel momento, in cui il matrimonio è stato contratto nonostante la sua riprovazione, avrebbe rivocata la sua disposizione. Niente vieta di provvedere, che lo stesso avvenga dopo della sua morte. È la ragione, che la legge 72, § 4, D, *De condit. et demonst.* nota per rimettere la condizione: *ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur*, non pare che possa valere per un caso, in cui non si tratta d'impedire le nozze, ma di violentare la volontà del testatore, obbligandolo a beneficare chi non voleva. Molto meno quel motivo pare, che possa essere efficace presso di noi, che non abbiamo come i Romani le istesse politiche ragioni per incoraggiare i matrimoni.

Il traduttore.

(1) Arg. della l. 14, D., *De dote praelegata.*

(2) *De conject.*, XI. 18, 10.

(3) *Infra* n. 250. Grenoble, 22 Decembre 1825. Devill., 8, 2, 164.

(4) *Disp. cond.*, n. 264.

(5) Edizione di B. Mouillard, t. 1, p 700. Si può consultare con frutto Toullier, t. V, n. 265. Marcadé. art. 900, n. 3; Coin Delisle art. 900, n. 41.

(6) Furgole, VII, 2, 89, 90.

(7) L. 71, § 1, D., *De condit. et demonst.*

(8) Devill., 48, 2, 714.

nel piccolo seminario, quando il legato ven'va fatto. Ma vi era egli suo malgrado? I suoi gusti, la sua inclinazione, le sue mire dell'avvenire erano violentate? Il testatore non veniva egli a secondare questa coazione morale con un incoraggiamento pecuniario diretto ad un giovanetto, che non aveva assolutamente nulla? L'esposizione del fatto è muta su tutte queste circostanze, ma in quest'arresto come in tutti gli altri, che toccano questa quistione, non bisogna vedervi, che la decisione di una specie particolare.

243. La condizione di maritarsi ad una persona designata, benchè contenga la proibizione implicita di maritarsi con altri, è valida, ed il legato è solamente dovuto, quando è essa fedelmente adempita (1). Il testatore ha potuto avere delle buonissime ragioni per facilitare questo matrimonio in preferenza di un altro, e l'ha incoraggiato con una dote. In questo che vi è di vietato? Se il legatario vuole contrarre un'altra unione, bisogna che rinunzii al legato, senza di che la volontà del testatore sarebbe pervertita, e le sue combinazioni disciolte. In massime le condizioni prescritte dal testatore debbono essere fedelmente eseguite, tranne chè non siano contrarie alle leggi ed a'buoni costumi. E chi può dire, che una condizione, avente per iscopo di eccitare ad un matrimonio vantaggioso, contenga alcun tenue elemento riprovevole?

244. Si opporrà forse con le leggi de' 5-12 settembre 1791 e 17 nevoso anno 2°, che la condizione, di cui si tratta, è contraria alla libertà, e che per conseguenza dev'essere riputata come non scritta? Ed in vero la prima di queste due leggi contiene. « Ogni clausola imperativo o proibitiva, che fosse contraria alle leggi o a'buoni costumi, che attentasse alla libertà religiosa del donatario, erede, o legatario, che comprimesse la libertà, che ha, di maritarsi, anche con una tale persona, o di abbracciare tale stato, impiego, o professione, è dichiarata non scritta ».

La seconda di queste leggi conferma questa disposizione, ma e l'una e l'altra sono state abrogate dal Codice Napoleone, nè potrebbero sussistere, che come ragione scritta, e la ragione pronunzia, che sono cadute nell'esagerazione. Ed in effetti altra cosa è di comprimere la libertà del matrimonio nella persona del legatario col timore di una pena, altra cosa d'invitarlo al matrimonio con certe condizioni. *Aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri; aliud ad matrimonium certa lege invitari* (2). Non è proibito ad un testatore di fare de'vantaggi in vista di un certo matrimonio, e di non farne, se un altro matrimonio è preferito. Ammiro coloro, che sono a così alto grado preoccupati della libertà del legatario, e che hanno essi poco rispetto per la libertà del testatore (3). Ed inoltre come mai eglino non veggono, che la persona designata è interessata ancora nella condizione, e ch'è farle un torto reale, sebbene indiretto, di farne la rimessione?

245. Però se la persona indicata fosse indegna od infame, se il legatario non potesse sposarla, che col subire l'umiliazione o il disonore, verrebbe rilevato dalla condizione. Tale condizione sarebbe contraria ai buoni costumi, che rifiutano i matrimoni male assortiti, perchè di rado vi si incontrano l'unione e la pace, e perchè sono un'occasione d'inquietudini nelle famiglie. Avvi maggior durezza in questa condizione, che in quella, che vieta il matrimonio in un modo assoluto, perciocchè questa impone solo una privazione, quella impone l'obbrobrio (4).

Rimarcate nonpertanto, che se il testatore avesse avuto un evidente interesse all'adempimento della condizione, come per esempio se avendo una parente di sregolati costumi, volesse richiamarla nel retto cammino, procurandola un buon matrimonio, il legatario non potrebbe prendere il legato, e ricusare la condizione. In tal caso la disposizione testamentaria non potrebbe essere divise, perchè è stata diretta da un buon motivo, perchè è legale, ed il legatario non può rinunziare alla mano della donzella, che rinunziando il legato.

246. Si dovrebbe ancora respingere la condizione di maritarsi con una persona onesta, ma con la quale il matrimonio è proibito (5). Le nozze incestuose sono uno dei più gravi scandali, coi quali si possa affliggere una società ben regolata (6).

247. Quid se la proibizione fosse di quelle, che possono essere tolte dalle dispense? Mantica (7) e Furgole (8) pensano, che questa circostanza non dovesse impedire la radiazione della condizione, e la giurisprudenza del Parlamento di Tolosa era conforme a questa opinione. Però noi vi scorgiamo troppo rigore, dapoichè il testatore, diretto da uno spirito di conservazione, ha voluto mantenere i beni nella sua famiglia, e ravvicinarne i rami. Il quale pensiere non ha nulla d'immorale; e comunque il testatore non abbia presa la precauzione di parlare di dispense, è chiaro di avere

(1) L. 63, § 1, D., *De cond. et demonst.* L. 71, § 1, D., *De cond. et demonst.* L. 101, D. De cond. et demonst. L. 1 e 2, C., *De instit. et subst.* L. 4, C., *De cond insertis* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 436, n. 8.

(2) L. 71, § 1, D., *De cond. et demonst.*

(3) Mantica, XI, 18, 2; Furgole, VII, 2, 73; Louet, lettera M, som. 8; Voët, 28, 7, XI; Ricard, n. 256.

(4) L. 63, § 1, Dig., *De cond. et demonst.* Mantica, XI, 18, 5. Voët, 28, 7, 12. Furgole, VII, 2, 72. Toullier, t. V, n. 251.

(5) Mantica, XI, 18, 6.

(6) Sopra, n. 234.

(7) *Luog. cit.*, n. 7.

(8) VII, 2, 77.

sottinteso, che delle dispense sarebbero dimandate (1).

248. Vi è un' altra quistione, che si lega alla libertà dei matrimonj; e consiste nel sapere, se la condizione di guardare la vedovanza è legittima.

L' antico dritto romano presentava intorno a ciò delle combinazioni bizzarre. Si sa, che la società antica incoraggiava con leggi speciali lo sviluppo della popolazione, esposta troppo sovente in essa a delle grandi diminuzioni. Le leggi di Roma, soprattutto le leggi del secolo di Augusto, per favorire la procreazione dei figli avevano eccitato al matrimonio, e combattuto il celibato. In quest' ordine di idee la vedovanza non era considerata in Roma come uno stato degno di favore (2). Il perchè una legge chiamata *Giulia Miscella* dal nome del suo autore Giulio Miscello (3), permise alle donne, non ostante la condizione di vedovanza, imposta dai loro mariti, di maritarsi nell' anno dalla loro morte, giurando, che prendevano un secondo marito unicamente nel pensiero di avere dei figli; mercè tal giuramento veniva loro rilasciato il legato con la rimessione della condizione (4).

Se nondimeno le seconde nozze non avvenivano nell' anno, la condizione di non rimaritarsi sussisteva in tutta la sua forza, ed il legato non veniva rilasciato alla donna, che in quanto essa prestava la cauzione Muciana di non rimaritarsi (5).

Questo giuramento richiesto dalla legge Giulia Miscella non era, che un' occasione di spergiuro, e Giustiniano lo rimise come la cauzione Muciana (6). Se non che rivenne beutosto sopra di tutto questo, giacchè il cristianesimo aveva reso la vedovanza meritoria, e Giustiniano volle, che la condizione di non passare a seconde nozze non fosse un oggetto di disprezzo, sì che dichiarò essere lecita tale condizione, e che la persona, che non vi si uniformasse, sarebbe privata del suo legato (7).

Tale legislazione aveva l' impronta di un carattere troppo cristiano per non essere ricevuta in Francia, per lo che era seguita dai paesi di dritto scritto che nei consuetudinari (8). E l' era pure nei paesi stranieri. Onde Voët ha benissimo confutato Groenweghen, che pensava doversi ritenere come non scritta la condizione di vedovanza (9).

Non pertanto è avvenuto, che le leggi del 1791 e dell' anno II, più sopra citate (10) hanno rovesciato tutte queste idee del dritto francese per ritornare alle idee pagane della prima legislazione romana. Ammirabile progresso degli spiriti rivoluzionari! forse perchè Montesquieu aveva detto (11), che la novella di Giustiniano era stata fatta su delle idee di perfezione, essi ne hanno avuto paura? In quanto a me non credo, che la nostra società si debba lasciar prendere dalle stesse apprensioni. Queste due leggi sono state abrogate dal Codice Napoleone giusta la legge del 30 ventoso anno XII (12), sì che restiamo nelle regole ragionevoli e vere della antica giurisprudenza. Evvi nel mondo qualche cosa di più ragionevole di questa quistione? Non ha forse un marito un interesse di affezione, onde sua moglie rimanga vedova? Una moglie non può avere lo stesso motivo, onde suo marito non passi a seconde nozze? E se vi sono dei figli dal matrimonio, l'interesse dei figli non è potentissimo par rendere pericoloso un secondo matrimonio? (13) Or quando il testatore nell' imporre la vedovanza, indennizza in qualche modo di questo sacrifizio il sopravvivente con dei vantaggi pecuniari, che sono pure una testimonianza di amicizia, si oserà distaccare l'indennizzamento dalla legge, di cui è il corollario, e così falsare delle rispettabili volontà? La giurisprudenza formata sotto il Codice Napoleone non l' ha voluto, e numerosi arresti hanno confermato l' antica dottrina (14).

249. La condizione di vedovanza può essere imposta sia alla moglie sia al marito (15). Può essere imposta o da un coniuge all' altro, o da qualunque altra estranea persona, che abbia un interesse di affezione, onde la memoria del defunto sia serbata così per la conservazione del suo nome, che a cagione dei suoi figli.

Per dare alla mia proposizione maggiore sviluppo aggiungo, che un uomo può aver fatto una trista pruova del matrimonio. Spirito difficile, carattare insocievole, ha reso sua moglie infelice, e per certo farebbe pure la disperazione di quella, che sposerebbe in seconde nozze. Il testatore, che l' ama, e vuole pre-

(1) Ricard, n. 263. Chabot, *Quest. transit.*, p. 112. Toullier, V, 252.

(2) L. 62, § 2, D., *De cond. et demonst.*

(3) Novella 22, ch. 43.

(4) Cujacio su questa Novella e nel suo Comm. delle quist. di Papin, lib. 18, l. 72, § *Si arbitralis*, D., *De cond. et demonst.* Voet, t. XXVIII, l. 13. Furgole, VII, 2, 61. Grenier, t. 1, p. 703.

(5) L. 14, D., *De legat.*, 3°.

(6) L. 2, C., *De indicta viduitate et lege Julia Miscella tollenda.*

(7) Novella 22, cap. 43 e 44. Voët, *luog. cit.*, Pothier, *Pand.*, t. II, p. 456, n. 37. Ricard, n¹ 246, 247, 248. Bretonnier su Henrys, t. II, p. 483.

(8) Furgole, *luog. cit.* Montesquieu, Spirito delle leggi, 23, 21.

(9) 28, 7, 13.

(10) N. 244.

(11) *Luog. cit.*

(12) Merlin, Repert., v° *Condizione*, p. 736, e v° *Vedovanza*. Toullier, t. V, n¹ 241 e seg.

(13) Arg. dalla legge 62, § 2, D., *De con. et demonst.*

(14) Dalloz, v° *Disposizione testamentaria*. Grenier aveva esitato secondo la sua abitudine, ma ha finito con l' arrendersi, t. 1, p. 708 e seg.

(15) Novella 22, cap. 40, § 8.

Digitized by Google

serrarlo da una temeraria risoluzione, gl' impone la vedovanza, facendogli un legato: questa è una buona ed umana disposiziona, e deve essere rispettata.

250. Dopo le condizioni, che concernono la libertà dei matrimonî vengono le condizioni relative alla libertà di prendere uno stato. La condizione di prendere tal mestiere, di addirsi a tale professione, di scegliere tale stato è lecita, e deve essere eseguita, perchè è un incoraggiamento a costituirsi nel mondo una posizione onesta e facilitarsi l' accesso alle carriere. Non vi è nulla, che sia contrario alla libertà (1), e ne abbiamo veduto un esempio nella condizione di farsi prete (2).

In verità le leggi del 1791 e dell' anno II avevano proibito le condizioni di prendere tale stato, tale impiego, tale professione (3), ma non erano su di ciò sufficientemente meditate, nè vi si può avere riguardo.

È vero, cha qualche esempio improntato dall' antica giurisprudenza sembrerebbe escludere la nostra proposizione. Si cita un arresto del Parlamento di Tolosa dei 18 di febbrajo 1627 (4), col quale è stato giudicato, cha un padre agricoltore avendo istituito suo figlio a condizione, che fosse anche egli agricoltore, questo figlio non doveva essere privato della eredità, perchè si era fatto architetto. Comprendo a meraviglia che sotto l' impero della patria potestà romana, adottata nelle provincie del mezzo giorno, che concedeva ai padri di famiglia dei dritti così esorbitanti sui loro figli, non escluso il dritto di diredazione, comprendo, io dico, che una tale condizione, applicandosi ad una successione, allo quale il figlio è chiamato dalla natura, sia stata interpretata rigorosamente. Ma in tutti gli altri casi, nei quali il testatore dispone di ciò, che gli appartiene sovranamente, e lo dona *nullo jure cogente*, una condizione così ragionevole quale è quella di prendere un tale stato non potrebbe soffrire delle difficoltà (5).

251. Per lo contrario non v' ha nulla, che vieti ad un testatore di far un legato a condizione, che il legatario non abbraccerà un tale stato, non si farà prete, non si farà avvocato, non si farà giornalista, o pittore, o medico ecc. (6).

252. Ciò ci conduce a fare rimarcare, che le leggi non hanno condannato le condizioni, che inceppano la libertà, che quando queste condizioni tendono a mettere la persona del legatario in un' assoluta cattività. Per esempio: Voi non abbandonerete la mia tomba: farete una residenza continua in una tale città; ovvero non abbandonerete quel luogo (7). Ciò urta evidentemente la libertà naturale senza plausibile ragione, senza vera utilità, senza serio interesse; *jus libertatis infrigitur*.

Ma avviene diversamente, quando una ragione di evidente moralità o d' interesse pubblico o privato ha dettata la condizione. Una donna mena una cattiva vita; il testatore, che vuole strapparla a questa vita funesta, le fa un legato a condizione che si porrà in un ritiro, Tal legato è perfettamente pio, e la condizione deve essere conservata (8).

Parimenti un testatore volendo essere utile alla sua città natale, vi erige un pubblico stabilimento e fa un trattamento di 10 mila franchi a Tizio, celebre professore, se consenta di consegrare la sua vita a questo insegnamento... Niente di più sacro di questo legato, perocchè l' interesse pubblico parla altamente in suo favore, e Tizio deve trovarsene onorato (9).

Da ultimo niente vieta neppure ad una persona di età avanzata od inferma di donare a qualcuno una rendita, una somma di danaro o qualunque altra cosa, sotto l' espressa condizione, cha il donatario abiterà con essa(10). Qui l' inceppamento è temporaneo, essendo limitato al tempo della vita del testatore, e solo per effetto di un *alea* può estendersi a tutta la vita del donatario.

253. Con più forte ragione non si dovrebbe rigettare la condizione, che si limita a vietare al legatario di dimorare in un tale luogo designato(11), perciocchè non vi è in questa, che un inceppamento ristrettissimo alla libertà, potendo il legatario dimorare in ogni altro luogo.

254. La condizione di vivere onestamente non è di quelle, che si possono considerare come un attentato alla libertà, comechè non fa altro, che imporre dei doveri di dritto naturale. Il legatario, che nello sua condotta mancasse all' onestà, potrebbe essere privato del legato (12).

255. Come con una dote si può eccitare al matrimonio, con un titolo chiericale al sacer-

(1) Furgole, VII, 2, 99. Merlin, Repert., v° *Condizione*, p 736.

(2) Sopra n. 242.

(3) Sopra n. 244.

(4) Albert, v° *Legato*, artic. 2. Furgole, VII, 2, 101.

(5) Arg. della L. *unic.*, § 9, C., *De caduc. tollendis:* « Quid enim si testator jusserit... *liberalibus studiis* « *imbui* »

(6) Furgole, VII, 2, 94, 95.

(7) L. 71, § 1, D., *De cond. et demonst.* Pothier, *Pand.*, t II, p. 492, n. 220. Arresto del Parlamento di Parigi de' 3 Luglio 1614. Mornac sulla legge 12, C., *De usuf.* Furgole, VII, 2, 103, 104.

(8) Furgole, VII, 2, 108. Ricard, *Disp. cond.*, n. 255, cita un arresto conforme del Parlamento di Parigi de' 15 Giugno 1671.

(9) Furgole, *luog. cit.*

(10) Arresto del Parlamento di Grenoble del 19 Luglio 617. Basset, t. I, lib. 5, t. II, cap. 2. Furgole, VII, 2, 105

(11) Pau, 2 Gennaro 1827. Devill., 8, 2, 305. Palais, 1827, t. XXI, p. 3. Toullier, t. V, n. 259.

(12) B. Mouillard, t. I, p 695, nota B.

Digitized by Google

dozio, con una liberalità da servire per stabilimento ad una professione, si può forse del pari incoraggiare una vocazione religiosa con un legato, che avesse per condizione di abbracciare un dato culto?

La negativa consacrata dalle leggi del 1791 e dell' anno II sembra dominare nella giurisprudenza(1), ma queste leggi sono abrogate, e forse la giurisprudenza è stata di soverchio influita dalle orme del loro passaggio.

La comunione di religione è un legame potente nelle famiglie; perchè sarebbe vietato di farlo nascere, di estendarlo, di fortificarlo con delle condizioni testamentarie? Per esempio un parente del testatore ha potuto convertirsi liberamente e sinceramente alla di lui religione. Il testatore, che non era obbligato di essere liberale verso di lui, e che non gli avrebbe lasciato i suoi beni, se avesse professata una religione dissidente, l'istituisce per uno dei suoi eredi, perchè si era convertito, ma vuole, che il suo legato sussisterà soltanto sinchè egli persevera nella sua nuova fede. Tale volontà deve essere sconosciuta? Non è stata forse determinata da gravi motivi, che trovano la loro spiegazione in convincimenti e credenze rispettabili? Il testatore non aveva parimenti in mira un matrimonio desiderato da lui, e del quale era condizione l' identità di religione; matrimonio, che mancherà, se il legatario passa ad un altro culto? Non è stato egli pure preoccupato dal bisogno di mantenere la concordia tra i suoi eredi e nel seno della sua famiglia?

Così Tizio, vedendo uno dei suoi parenti disposto a passare dal giudaismo al cattolicismo, l'istituisce per uno dei suoi eredi, se persiste a farsi cattolico; se no, istituisce io di lui luogo un altro parente. Non veggo il male, che vi è in questa disposizione. Tizio non obbliga già suo cugino ad abbracciare una religione contraria alla sua coscienza, ma vedendolo sulla via della conversione, s' impadronisce di questa circostanza, che gli sorride, per stringere i suoi legami di parentela e di amicizia. E poichè non avrebbe voluto avere per erede uno israelita, non l' istituisce, se non si mette con lui in comunione di religione, proseguendo sino alla fine l'opera della sua conversione. Mi sembra, che bisogna farsi scetticissimo per non comprendere tutto quello, che vi è di rispettabile in una tale sentimento. Aggiungo, che sarebbe d' uopo, che l'erede fosse l'uomo del mondo più vile e più indegno, se senza adempiere la condizione, insistesse per avere un'eredità, che il testatore evidentemente non ha voluto lasciargli puramente e semplicemente. Rispetto tutti i culti, poichè soprattutto sono una maniera di adorare Iddio, ma se vedessi un maomettano convertito incoraggiare le conversioni nella sua famiglia con le sue liberalità testamentarie, non vi troverei verun inconveniente. In una parola in ciò non bisogna lasciarsi andare alle esagerazioni. Di che si tratta? Non già di una di quelle diredazioni, che erano nell' antico dritto una crudele iniquità; non già di una violenza morale, che gravita sulla coscienza con una pena pecuniaria, ma un testatore, che poteva donare o non donare, ha voluto donare solo a colui, che professava un culto, che gli era caro; nè gli è vietato di mettere questa preferenza nella sua liberalità. Temo, che si spingano troppo oltre le idee di libertà di coscienza nel pensare, che vi è in ciò un atto contrario alla legge.

256. Avviene spesso, che il testatore impone al suo erede l' obbligazione di prendere il suo nome. Cujacio sembra di credere essere questa una delle condizioni, che si debbono rimettere all' erede (2), ma la giurisprudenza non ha ratificata questa opinione, e per lo contrario è certo, che la condizione di prendere il nome del testatore è legalissima, e che l' erede nell' obbligazione di soddisfarvi (3).

Un esempio mostrerà sin dove questa obbligazione può andare; Roullier Beaufond aveva legato i suoi beni al suo figlioccio a condizione, che costui prendesse i suoi nomi, sotto pena di nullità, se non eseguisse questa clausola di rigore. Il legatario si provvide presso del governo, ma non ottenne, che l' autorizzazione di portare un solo dei nomi del testatore. In vista della clausola, così espressa del testamento, fu decisa dalla Corte d' Orleans e dalla Corte di Cassazione (4), che lo scopo del testatore non si era conseguito, e che il legato non doveva essere rilasciato; solamente fu accordato al figlioccio un termine per ottenere dal governo un supplemento di autorizzazione.

257. La condizione di non dimandar conto è stata esaminata dai Giureconsulti accuratamente.

La ragione di dubitare si è, che quando il testatore, nel fare un legato al suo papillo, gli imponga la condizione di non dimandar conto al suo erede, ha voluto coprire una gestione infedele, e che quindi questa condizione nel favorire la frode, dev' essere considerata come non scritta.

Ma la ragione di decidere(5) è, che un legato di questo genere non autorizza il contabile a ritenere l' ammontare della somma, di cui può essere debitore per reliquato del conto; per lo contrario deve pagarlo, perchè il testatore non altro ha voluto, che non si facesse una ricerca

(1) Colmar, 9 marzo 1827. Devill., 8, 2, 344. Palais, 1827, t. XXI, p. 236 B Mouillard *su Grenier*, 1 1, p. 700; Duranton, 8, 140; Coin-Delisle, n. 40.
(2) *Observat.*, 21, 39.

(3) *Infra* n. 327.
(4) 4 luglio 1836. (Dalloz, 36, 1, 302).
(5) L. 15, C., *De fideic.*, e l. 26, D., *De lib. legat.*

troppo minuta della di lui gestione, e che la sua negligenza non fosse messa in evidenza.

Epperò la dispensa di rendere conto vale soltanto per mettere il debitore al coperto delle negligenze compatibili con la buona fede, ma non l'esonera di rendere conto di quello, che è stato fatto per dolo o per frode, nè importa liberazione (1).

258. Talvolta il testatore non vuole, che la sua eredità sia inventariata pel timore, che non si divulghi il segreto dei suoi affari: e che il pubblico non venga iniziato nei disastri della sua fortuna (2). In tal caso gli sarebbe permesso di vietare al suo erede di fare inventario, ed in caso di contravvenzione d'istituire in suo luogo un altro erede?

I pareri sono divisi.

Cujacio ritiene, che la condizione non è vietata (3): « Et certum est posse etiam heredi « interdici confectionem inventarj. Et verum « est, quasi volente testatore, ut is subeat om- « nia onera hereditaria, ut suscipiat tuendam « famam defuncti vel de suo; alioqui, ut non « sit heres. » Ma altri Giureconsulti, tra i quali citeremo Henrys (4) e Furgole (5) sono d'un contrario avviso. Furgole giunge sino a pretendere, che la dottrina di Cujacio è insostenibile.

E nonpertanto non si potrebbe dire, essere il beneficio dell'inventario facoltativo; essere tutt'affatto nell'interesse privato dell'erede, che d'altronde non tocca all'ordine pubblico, e che il testatore può obbligare il suo erede a rinunziarvi, va'e a dire ad accettare puramente semplicemente, se vuole avere la successione? Il perchè è stato giudicato con arresto della Corte di Bordeaux dei 2 di gennaro 1833 (6), che un padre aveva potuto interdire ai suoi figli ogni apposizione di suggelli, inventario, ed altri atti giudiziari relativi alla sua successione.

259. Il testatore può con maggiore ragione dispensare il suo erede dal far inventario, con che non è già, che lo dispensa dall'esser tenuto verso i creditori *ultra vires*; i creditori possono considerarlo come erede puro e semplice, ma non sarà lo stesso per rispetto ai legatari, perocchè dispensato dal fare l'inventario, l'erede non sarà tenuto relativamente ai legatari, che *secundum vires hereditatis* e non al di là (7).

260. Per la stessa ragione, il testatore nel legare l'usufrutto d'un suo fondo, può dispensare l'usufruttuario dal fare l'inventario. L'erede della nuda proprietà è obbligato di rispettare questa condizione, e se non se ne riporta alla buona fede dell'usufruttuario ed alla sua buona gestione, potrà fare l'inventario a sue spese (8).

261. Ma lo potrà, se il testatore glielo ha espressamente vietato? Questa quistione ritorna a quella, che abbiamo toccata nel n.° 258, e si ha presente, come l'abbiamo risoluta.

Nondimeno la Corte di Tolosa ha deciso con arresto dei 23 di mag. 1831, che questa clausola deve essere considerata come non scritta. Non veggo per questo veruna buona ragione, a menochè non si tratti di beni soggetti alla riserva, ma in ogni altro caso il testatore ha potuto ordinare sulla cosa propria tutto quello, che ha voluto (Proudhon, t. 2.° n.° 80).

262. Quando un padre nomina un tutore a suo figlio (9), può dispensarlo dal fare inventario? L'affermativa è certa (10). Si suppone, che il testatore sia stato abbastanza saggio per non avere pregiudicato suo figlio; che ha messo la sua confidenza in un uomo che curerà gli interessi del pupillo come i suoi propri; che solamente ha voluto allontanare delle formalità giudiziarie che sono costose, e rendono pubblici i segreti delle famiglie.

Nonpertanto è costante in giurisprudenza, che se fosse riconosciuto dal Giudice, essere la confezione dell'inventario necessaria al minore. il Giudice può ordinarla (11). Imperocchè il testatore ha potuto ingannarsi; e siccome non aveva in vista, che l'interesse del minore, non è un contrariare il suo pensiero l'ordinare per tal'interesse quello, da cui aveva dispensato il tutore unicamente pel vantaggio di suo figlio.

263. Diremo a questo proposito, che non bisogna credere, che la dispensa di far inventario comprende la dispensa di rendere conto. Inutilmente si direbbe, essere l'inventario la base del conto, perciocchè si risponde, che la dispensa di fare un inventario, munito di solennità, non dispensa dal fare un inventario privato (12).

264. La quistione di non impugnare un atto nullo ha dato luogo a discussioni (13).

(1) L. 119, D., *De legat.*, 1°. Pothier, *Pand.*, sul tit. *De liberat. legata*, t. II, p. 426, ni 23 e seg. Voët, 27, 3, 11. Mantica, *De conject. ult. vol.*, 9, 8, 35. Menochio, *De praesumpt.*, IV, 164, 12. Furgole, VII, 2, 110. Ricard, *Disp. cond.*, n. 243. Toullier, t. V, n. 269. Grenier, t. I, p. 301, n. 153.

(2) Doneau, VII, 3, 25.

(3) Sulla l. ult., C., *De jure delib.*, verso la fine.

(4) Lib. 5, quest. 51.

(5) T. IV, p. 120, n. 79. Aggiungi Ferrières su *Parigi*, art. 342, § 1, n. 21.

(6) Dalloz 33, 2, 97. Aggiungi pure un arresto della stessa Corte del 30 luglio 1832, e Liége, 11 decembre 1812. Devill., 4, 2, 215. Palazzo 1812, t. X, p. 884. In contrario, Tolosa, 23 maggio 1831. Infra n. 261. Palazzo, 1831, t. XXIII, p. 1613.

(7) Hilliger su Doneau, VII, 3, nota 8. Vinnio, *Quaest. select.*, 2, 16.

(8) Proudhon, t. II, n. 80. Duranton, t. IV, n. 508.

(9) Art. 397, Cod. Napoleone.

(10) L. ult., § 1, C., *Arb. tutel.* Mantica, 9, 8, 59. Cass. 24 ottobre 1834. Dalloz, 35, 1, 79.

(11) Gothofredo sulla legge precitata. Vinnio, *Quaest. select.*, 16. Bartolo sulla l. 55, II., *De legat.*, 1°.

(12) Vinnio, *Quaest. select.* luog. cit.

(13) Merlin, Repert., v° *Pena testament.* Toullier, t. III, n. 269; Grenier, n. 135.

Una donna aveva fatto ad un O pizio una donazione nulla. Nell' istituiro la sua legataria universale, le vietò di dimandare la nullità di questa donazione; se no, istituiva in suo luogo un altra erede. Malgrado un così formale divieto la legataria universale attaccò la donazione, e per isfuggire la clausola penale, pretese essere nulla la condizione, perchè contraria alle leggi. Il suo sistema dopo di avere trionfato in tutti i gradi di giurisdizione, fu sanzionato da un arresto della Corte di Cassazione dei 14 di dicembre 1825 (1).

Quale è la ragione di questa decisione? È che l' Ospizio non era stato autorizzato ad accettare la donazione. Trattavasi dunque qui di una nullità di ordine pubblico, e si è potuto credere, che la proibizione fatta dal testatore tendeva ad inceppare le leggi d' interesse generale, che mettono dei limiti agli acquisti dei pubblici stabilimenti.

Quest' arresto racchiude una decisione, che può generalizzarsi a questo modo. Quando una disposizione è radicalmente nulla come illecita, contraria ai costumi o all' ordine pubblico, la clausola, con la quale il testatore cercasse di mantenerla, sarebbe ugualmente nulla (2). Per esempio, se il testatore dopo di avere fatta una sostituzione, privasse l' erede della sua successione nel caso, in cui attaccherebbe questa sostituzione, e donasse i suoi beni ad un estraneo, questa clausola sarebbe senza vigore, dapoichè sarebbe una lotta del testatore contra la legge, ed un mezzo indiretto da fare valere delle disposizioni, delle quali il legislatore vede un pericolo pubblico (3).

265. Ma se la nullità dell' atto non tenesse all' ordine pubblico, la decisione sarebbe la stessa? Codesta quistione è stata agitata all' udienza della Camera dei ricorsi dei 23 di aprile 1844. Il testatore aveva fatto un legato a condizione, che il legatario non attaccherebbe il suo testamento. Nonpertanto il legatario non si credè obbligato da questo divieto, ed istituì un' azione giudiziaria per fare decidere, che il testamento era l' opera della captazione. Allora il suo avversario, presentando delle conclusioni riconvenzionali, dimandò, che fosse decaduto dal legato. Su di che la Corte di Parigi dopo di avere dichiarata mal fondata la dimanda di nullità del testamento, ricusò di pronunziare la decadenza, decidendo, che la condizione era contraria alla libertà, e doveva essere considerata come non scritta. Sul ricorso l' avvocato generale Delangle combattè questo arresto vigorosamente, e dopo deliberazione il ricorso fu ammesso con arresto dei 23 di aprile 1844.

Innanzi la Camera civile la discussione si è impegnata di nuovo, e l' arresto è stato cassato uniformemente alla conclusione dello stesso avvocato generale con arresto dei 22 dic. 1845(4).

Penso, che questo arresto servirà di regola per l' avvenire. Non vi è nulla di più rispettabile della volontà di un testatore, che cerca di prevenire le liti dopo della sua morte, e pone un freno allo spirito contenzioso del suo erede. Epperò la clausola penale deve produrre il suo salutare effetto, e tale è la decisione di Giustiniano (5), che respingendo antiche sottigliezze, vuole che tutte le pene pronunziate dal testatore siano eseguite, quando non conducono a nulla di vergognoso, d'impossibile e di contrario alle leggi.

Nella specie giudicata dalla Corte di Cassazione si trattava di un legatario, che aveva attaccato il testamento per captazione, che non era riuscito nei suoi attacchi, e che per conseguenza senza veruna ragione era contravvenuto alla legge, impostagli in un atto valido, che portava l' espressione della volontà del testatore (6).

266. Se la nullità tenesse alla forma esteriore, non sarebbe lo stesso. La forma dei testamenti è di dritto pubblico: *Testamenti factio non privati sed publici juris est* (7). Se fosse diversamente, dipenderebbe dal testatore di sottrarre il suo testamento dalle più sagge precauzioni introdotte dalla legge civile e dal dritto pubblico, e forzerebbe i suoi eredi a ricevere la legge testamentaria di un atto, che non è un testamento (8).

267. Sovente si è veduto un testatore fare la divisione dei suoi beni tra i figli, e consultando il loro interesse, attribuire una tal quota a questo, una tal quota a quello, e poi dichiarare, che se uno fra loro non si contenta di queste quote, e non rispetta le sue intenzioni, resterà privo della sua parte nella porzione disponibile. Questa disposizione è valida, e deve avere il suo effetto, perocchè concerne solo degl' interessi privati, cui il testatore ha potuto imporre una legge. Il testatore lascia ai suoi figli l'ozione o di eseguire la divisione da lui fatta, o di tenersi alla quota riserbata dalla legge; il che non ha nulla di contrario alle leggi (9).

(1) Dalloz, 26, 1, 27. Palazzo, t. XIX, 1825, p. 1031.

(2) Ricard, *Donat.*, 3ª parte, n. 1543. Il Consigliere Malleville, rapporto alla Corte di Cass., in Dalloz, 30, 1, 142.

(3) Cass., 30 luglio 1827. Devill., 8, 1, 633. Palazzo t. XXI, 1827, p. 680. Bayle-Mouillard su Grenier, t. I, p. 252.

(4) Devill., 46, 1, 5; la Corte d'Amiens, pronunziando in rinvio, ha decisa nella stesso senso, 17 diecembre 1846. Devill., 47, 2, 233.

(5) Inst., *De legat.*, § 36, e l. uni., C., *De his quae poen.*

(6) Aggiungi 5 luglio 1847, ric. (Devill., 47, 2, 233).

(7) Papiniano, l. 2, D., *Qui testam. facere possunt.* *Infra* n¹ 1428, 1432. Sopra n. 85.

(8) Ricard, *luog. cit.* Malleville, Rapp. alla Camera de' ricorsi, Dalloz, 30, 1, 142.

(9) Cassazione, ricorsi 1º marzo 1830. Devill., 9, 1, 460. Dalloz, 30, 1, 142 Palazzo 1830, t. XXIII, p. 212. Ricors, 1º marzo 1831; Dalloz, 31, 1, 82. Devill., 31, 1, 100. Boyle Mouillard, t. I, p. 605.

Digitized by Google

Così per esempio un testatore, giudicando che non somma di danaro sarà per sua figlia da maritarsi una quota più comoda di un immobile, le assegna la sua porzione in numeraria; dall'altra parte ha un figlio agricoltore, cui dà la sua porzione in beni rurali per servire alla sua industria. Però il testatore sa, che gli articoli 832 e 1075 del Codice Napoleone stabiliscono per regola nelle divisioni, che ogni quota comprenderà la stessa quantità di mobili, d'immobili, di diritti, e di crediti; e temendo, che per un capriccio, che prevede, ma che saviamente condanna, i suoi eredi non impugnino una divisione così equa, e così ben appropriata alla loro rispettiva condizione, dichiara, che l'erede, il quale non vorrà contentarsi della sua quota, sarà privato della sua quota nella porzione disponibile. Egli ne ha il dritto (1).

268. Ricard (2) ci dà una specie, che ha molto rapporto con questa. Un avvocato di nome Desmaret aveva data i suoi propri a sua sorella, sebbene non potesse disporre, che del quarto (3). Aveva dato i suoi mobili ed acquisti ai suoi altri eredi, ma prevedendo, che costoro avrebbero potuto attaccare questa distribuzione dei suoi beni, che non era conforme alla consuetudine, dichiarò, che ove il legato dei suoi propri, che aveva fatto a sua sorella, fosse contestato, voleva, che tutta la sua successione appartenesse alla detta sua sorella. Questa clausola fu serbata con arresto dei 23 di agosto 1662, renduto sulle conclusioni dell'avvocato generale Talon, e dopo la giurisprudenza consacrò questa dottrina.

269. Il testatore può anche imporre al suo erede la condizione di rinunziare ad una successione.

Siffatta proposizione non soffre contradizione quando si tratta d'una successione aperta, nè vi veggo maggiore difficoltà, quando si tratta di una successione non aperta, e che la rinunzia dovrà aver luogo solamente quando questa successione si aprirà. Per esempio un padre dona a sua figlia 10 mila franchi, se rinunzia alla successione paterna quando si aprirà. Codesta disposizione è del tutto valida, e la figlia dovrà vedere, se è del suo interesse di preferire i 10 mila franchi alla sua porzione ereditaria, o la sua porzione ereditaria ai 10 mila franchi, la quale ozione si farà solamente, quando la successione sarà aperta. Questo è il caso preciso dell'articolo 843 del Codice Napoleone, che permette all'erede vantaggiato di rinunziare alla successione per ritenere la donazione; laonde niun principio rimane offeso in tale circostanza (4).

A tale riguardo non v'ha luogo di distinguere, se la successione, alla quale l'erede è obbligato di rinunziare, è o no la successione del testatore o del donatario. In tutti i casi la clausola è lecitissima, e basterà, che il donatario o il legatario faccia la sua rinunzia all'epoca dell'apertura della successione. Il che è stato giudicato da un arresto della Corte di Angers dei 27 di luglio 1827 (5) in una specie, nella quale una zia aveva fatto un legato a suo nipote a condizione, che rinunzierebbe alle successioni di suo padre e sua madre. Quest'arresto si fonda su che una simile disposizione non ha nulla di contrario ai costumi, nè attenta alla patria potestà.

270. Quando un testatore lascia un minore con un passivo, che non può essere pagato senza vendere i beni, la sua previdenza giunge talvolta sin ad ordinare sotto forma di condizione, che i beni, che formano la porzione disponibile, che dona ai minori, saranno venduti dalla sua vedova senza le forme giuridiche sino alla concorrenza dei debiti da pagarsi (6). Il signor Bayle Mouillard ci fa sapere, che il signor Grenier diè cominciamento alla sua carriera forense con una consultazione, nella quale sostenne, che il testatore aveva potuto conferire alla sua vedova nei limiti della porzione disponibile il dritto di vendere i suoi immobili senza le forme giuridiche per pagare i suoi debiti (7). Ma una consultazione contraria del signor Abbaret, avvocato del Tribunale di Tolosa, fece prevalere la nullità della disposizione, che fu pronunziata con sentenza del presidiale di Riam nel 1777. Fu deciso, che il testatore non aveva potuto derogare al dritto pubblico, nè impedire, che le leggi ed ordinanze non avessero luogo.

Le leggi romane, sovente invocate su questa quistione (8), convalidano espressamente la clausola controvertita. Si sa, che nel loro sistema il decreto del magistrato era necessario per l'alienazione degl'immobili dei minori, e che in mancanza di questo decreto, l'alienazione era nulla *ipso jure* (9). Nonpertanto vi era un caso rimarchevole fra molti altri, nel quale si poteva fare a meno di questo decreto, e s'incontrava quando il testatore nel lasciare i suoi beni al minore ordinava, col suo testamento, che i beni sarebbero venduti (10). Questa legge del testamento dispensava dall'auto-

(1) *Infra* sull'art. 1075.
(2) N. 1450.
(3) Coquille, istit. del dritt. franc., *de' Testamenti*. Auxerre, 225. Orléans, 292. Tours, 324. Chalons, 246.
(4) Grenier, t. 1, p. 694. B. Mouillard su quest'autore, nota (a).
(5) Devill., 8, 339. Dalloz, 28, 2, 120. Palazzo, t. XXI, 1827, p. 671.
(6) *Infra* n. 2026.
(7) T. 1, p. 3.
(8) B. Mouillard, *luog. cit.*
(9) Il mio Comm. delle Ipoteche, t. II, n. 488, L. 2, 10, 11, 15, 16. C., *De praediis minor.*
(10) L. 1, § 2, D., *De reb. eor. qui sub*, e sopratutto l. 1 e 3. C., *Quando decreto non opus est.*

Digitized by Google

rizzazione del magistrato, perocchè bisognava obbedire alla volontò del defunto, *si voluntati defuncti pareant*. Ed in effetti Brunemanno ne dà questa ragione: *quia licitum est quivis legem rei suae dicere.., et deinde minor alienando nihil novi contrahere videtur, sed exequitur contractum defuncti* (1).

Contro di tale risoluzione si è invocata la opinione di Brodeau, il qua'e insegna, che l' imm b le di un minore è sotto la protezione delle leggi e della giustizia, non cade in commercio, e non può essere venduto, che sotto le forme e solennità pubbliche; che la disposizione di un particolare, che ordina col suo testamento la vendita e l' alienazione, non può derogare al dritto pubblico, nè impedire, che le leggi e le ordinanze abbiano luogo (2).

Si è citato inoltre un arresto del Parlamento di Parigi dei 18 di agosto 1588, che dichiara nulla la clausola di un testamento, col quale il padre aveva ordinato l' alienaz'one dei beni di suo figlio minore senza solennità (3).

Tutto ciò è eccellente, se non che queste autorità non sono tuttaffatto decisive, dapoichè non riguardano il caso particolare, nel quale si tratta, non già della vendita dei beni del minore, ma dei beni appartenenti al testatore, e lasciati al minore sotto la riserva di essere venduti giusta le cond zioni imposte da questo medesimo testatore.

In effetti riflettiamo, che l' oggetto del dono è la porzione disponibile, cioè una coso, che il padre avrebbe potuto togliere a suo figlio minore, e che per conseguenza può lasciargli soltanto sotto certe condizioni. A che si parla della vendita dei beni d i minori e delle formalità, che vi sono annesso? Si tratta forse di vendere un fondo del minore? Forse non bisogna liberarlo dai debiti primachè divenga un bene del minore? Forse questa liquidazione di una coso lasciata dal testatore non deve farsi nel modo, come egli la intende? Forse non è chiaro, che giusta la sua volontà espresso il minore ha diritto solo su quel, che resta, *deducto aere alieno*? In verità non si concepisce tanta tenerezza per delle forma'ità, che tutti ora sono di accordo in considerore come proprie a consumare in ispe e di giustizio dei valori, molto meglio impiegati in un' altra destinazione (4).

271. Che diremo della clausola, che contiene il divieto di alienare per vendita o permuta o di obbligare il fondo pendente un certo tempo? Le opinioni sono divise (5), ma io non veggo nulla, che vizi questa condizione, che spesso viene imposta dal testatore per delle buone ragioni di previdenza, di convenienza, di domestica economia. Il donante nel donare un immobile ad una persona della sua famiglia, può nonpertanto sentir dispiacere di vederlo in sua vita sortire dalle mani di colui, che considera come un altro sè stesso; epperò gl' impone la condizione di non alienarlo, mentre egli vive. In altre circostanze il testatore può temere, che il legatario non abbia soverchia fretta di goderne, e che non abusi del dritto di proprietà, di cui lo gratifica; per abituarlo ad essere proprietario, affezionarlo alla sua proprietà gl'impone la condizione di conservarlo per un quinquennio. Non sono queste delle misure sagge e prudenti? Perchè respingerle con una severità senza regola? La proibizione di alienare non è considerata contraria alla libertà, che in quanto è assoluta, ed allora solamente viene considerata come non scritta (6) (a).

272. Poichè il testatore può mettere alla sua liberalità le condizioni, che giudica convenevoli, purchè non offendino nè le leggi nè i costumi, ne siegue, dover essere rispettata la clausola, con la quale il testatore ha legato an immobile a condizione, che questo fondo non potrà essere pegnorato dai creditori anteriori del legatario. Imperciocchè è lecito ad un testatore o ad un donante di preferire il donatario ai di lui creditori, e di sottrarre l'immobile, di cui lo gratifica, all' azione di pagamento di costoro Messo così fuori l' attacco dei creditori anteriori del donatario, quest' immobile non può venire da loro colpito con una inscrizione oanche puramente conservatoria. Un arresto della Camera dei ricorsi dei 10 di maggio 1852 (7) ha così deciso, rigettando il ricorso prodotto contro un arresto della Corte di Caen dei 26 di agosto 1850. Ho veduto la stessa clausola in un affare, di cui sono stato Giudice

(1) Sulle leggi 1 e 3, C., *Quando decreto non opus est*.

(2) Su Louet, lettera *A*, somm. 5, o. 3.

(3) Louet, *luog. cit.*

(4) B Mouillard, anche di questo parere, t. 1, p. 697.

(5) Parigi, 11 marzo 1836, Devill, 36 2, 360; Douai, 29 decembre 1847, Devill, 48, 2, 462, si pronunziano per la nullità della clausola. *Al contrario*, Angers, 20 giugno 1842, Devill., 42, 2, 400 Orléans, 17 gennaio 1846, Devill., 46, 2, 177 Merlin, Repert., v° *Erede*, 7, 2 bis V. Toullier, t VI, n 488.

(6) V due esempi *sopra* n° 136, o 137.

(a) Ma quale sarà la misura del termine, in cui potrà circoscriversi il divieto di alienare? il divieto di alienare per un quinquennio non produce inconvenienti simili a quelli, che si sono voluti evitare con l' abolizione delle sostituzioni, ma il divieto di alienare per 30, o 40 anni ne può produrre de' gravissimi così sotto il rapporto dell' agricoltura, che de' bisogni economici del proprietario. Per la qual cosa la quistione sarebbe tutta discrezionale, ed abbandonata intieramente al prudente arbitrio de' Magistrati, i quali non dovendo ritenere in massima nè la validità nè la nullità della proibizione, dovrebbero decidersi nell' uno o nell' altro senso secondo la durata del termine e le circostanze della disposizione Tale sistema ci sembra pericoloso, ed è senza dubbio arbitrario.

Il traduttore.

(7) V Devill, 52, 1, 343. V. *contra*, Riom, 23 gennaio 1847, *luog. cit.*

alla Corte di Parigi (1). La signora de Bertrand aveva detto nel suo testamento: « Lego ai « miei figli tutto quello, di cui posso disporre, « a condizione, che i beni non potranno essere « nè pegnorati nè venduti. » Lo scopo di questa disposizione si era stato di mettere lo fortuna, che lasciava a sua figlia, al sicuro dalla dissipazioni di suo genero, lo di cui cattiva gestione era notoria. Veruna delle parti in causa ebbe l'idea di contestare questa condizione, la quale servì di base al regolamento dei loro interessi.

273. Più sopra abbiamo detto, che per venire la disposizione considerata come affetta da una condizione, bisogna, che questa condizione sia di un avvenimento futuro (2), ed inoltre che questa condizione non sia contraria alle leggi, ai costumi, ed all' ordine pubblico, vole a dire, che sia possibile e lecita (3). Nè questo è tutto. Una terza circostanza è necessaria; bisogna, che l' avvenimento, da cui dipende l'ultima disposizione, provenga dalla speciale volontà del defunto.

Ed in effetti tutte le cause, che ritardano lo prestazione del legato, non formano una condizione nel senso di questa parola. Vi sono delle condizioni, che si dicono estrinseche o indirette giusta la legge 99 D., *De condit. et demonst.*, e che non rendono la disposizione condizionale: « Conditiones, extrinsecus, non « ex testamento venientes, idest quae tacite « inesse videantur, non faciunt legata condi- « tionalia (4). »

La ragione di questo si è, che l' effetto della condizione ha per fondamento la volontà del disponente, il quale ha espressamente unita lo sua disposizione all' effetto, che ha preveduto. Mentre quando la condizione non proviene da lui, e che si trova nella natura del'a cosa legata, non si può prevalere di questa volontà, ed il legato è puro e semplice. Tale è per esempio il legato dei frutti futuri, perciocchè questo legato dipende evidentissimamente dal caso, in cui questi frutti verranno e cresceranno. Il legato nondimeno non è condizionale, ed appartiene al legatario dal giorno della morte del disponente. Il che viene insegnato da Papiniano: « *Firmio Heliodoro fratri meo « dari volo quinquaginta ex reditu praedio- « rum meorum futuri anni. Propterea non « videri conditionem additam, sed tempus « solvendae pecuniae prolatum videri re- « spondi* (5). »

Il legato non sarebbe meno considerato come puro e semplice, quando anche il testatore avesse espresso la circostanza, che si ritrova nella natura della cosa donato, e dalla quale il legato può dipendere (6). D' onde la regola, *conditiones, quae natura sua insunt, perperam adjici* (7).

274. Ma onde questo regolo abbia luogo, bisogna, che le condizioni estrinseche, di cui parliamo, siano perfettamente inerenti nella natura dell' ultima volontà o della cosa legata, come negli esempî, che abbiamo citato. La condizione, se i *frutti nascono*, è perfettamente contenuta nel legato dei frutti, di sorta chè il legato dei frutti non può esistere senza questa condizione. Del pari, se prendendo l'esempio della legge 3, D., *De legat.*, 1.° dico: « Istituisco Tizio mio erede, e s' è mio erede, « darà 100 franchi a Cajo » ; si vede chiaramente, che l'obbligazione imposta a Tizio è attaccata alla sua qualità di erede, e che questa condizione « s' è mio erede » diviene assolutamente inutile, od altro forma, che un pleonasmo da cancellarsi.

Sarebbe diverso, se la circostanza, che forma condizione, non fosse perfettamente inerente nel legato, e se non vi fosse contenuto che *secundum quid duntaxat*, come dicono i giureconsulti. Dono cento franchi a Tizio, se lo vuole, *si volet;* questa condizione *si volet* non è perfettamente contenuta nel legato. E perchè? Perchè il legato si acquista dal legatario senza la manifestazione della sua volontà, e che passa all' erede del legatario anche nel caso, in cui questo legatario fosse morto senza avere manifestata l' intenzione di accettare questo legato. Epperò la condizione *si volet* non è inerente essenzialmente nella donazione testamentaria, e se viene espressa, forma condizione, e sospende il legato insino a che il legatario non abbia fatto conoscere la sua volontà. Il che è spiegato da Gajo nella legge 65, § 1, D , *De leg* 1.° « Illi, *si volet*, « Stichum do; conditionale est legatum: et non « aliter ad heredem transit, quam si legatarius « voluerit. Quamvis alias, quod sine adjectio- « ne, *si volet*, legatum sit, ad heredem lega- « tarii transmittitur. Aliud est enim juris, si « quid tacite contineatur, aliud si verbis expri- « matur (8). » Ed è il caso di dire con la legge 52, D. , *De condit. et demonst. : Expressa nocent, non expressa non nocent* (9). Il testatore non ha espressa la condizione, se non perchè à voluto, come lo insegna la legge 69 D., *De condit. et demonst.* attaccarla alla persona del legatario e fargli una legge di esprimere la sua volontà.

Riassumendoci su quest' articolo, diremo. Se la condizione è perfettamente inerente nel-

(1) 12 marzo 1852 (causa Fabien de Chauveron).
(2) N.i 208, 209.
(3) Ni 212 e seguenti.
(4) Pothier, *Pand.*, t. 11, p. 457, n. 42.
(5) L. 26, D. , *Quando dies legat. cedat.* Voët, 28, 7, 3. Ricard, *Disp. cond.*, n. 293.
(6) L. 3, D., *De legat.*, 1°.
(7) Voët, *luog. cit.*
(8) Aggiungi la l. 69, D., *De cond et demonst.* Voet, *luog cit.*
(9) Aggiungi la l. 47, D., *De cond. et demonst.*

la natura del legato, non rende la disposizione condizionale, benchè il testatore l'enuncia espressamente, perchè conditiones, *quae naturae sua insunt, perperum adjiei*. Se pel contrario la condizione non è contenuta nel legato, che *secundum quid*, vale a dire secondo una circostanza, dalla quale dipende, allora il testatore con l'esprimerla farà un legato veramente condizionale, che sospenderà la disposizione, e si applicherà questa massima: *Aliud juris est, si quid tacite continetur, aliud si verbis exprimetur* (1).

275. Un'altra circostanza deve incontrarsi per considerarsi la disposizione come condizionale. Bisogna, che non distrugga la natura dell'ultima volontà, cui è aggiunta. La verità di questa proposizione si dimostra da sè stessa; ed in effetti la condizione è una modificazione della disposizione, ma non deve annullarla (2).

Tra le condizioni, che vanno a rendere illusoria la disposizione, mettiamo in primo grado quella, che fa dipendere l'ultima volontà dal puro arbitrio dell'erede, incaricato di eseguirla. Tal'è per esempio questo legato: «Lego « 600 franchi a Caio, se il mio erede lo vuo« le ». Qui l'erede è pienamente il padrone della prestazione del legato, e si sa, che una simile disposizione non è suscettibile di produrre effetto (3).

Non sarebbe lo stesso, se il testatore non si fosse riportato al puro arbitrio dell'erede, ma si fosse a lui rimesso, unicamente come *ad arbitrium boni viri*. « Quanquam autem fideicom« missum ita relictum non debeatur *si volueris*; « tamen si ita adscriptum fuerit, *si fueris ar« bitratus... si utile tibi fuerit visum*... de« bebitur; non enim plenum arbitrium volun« tatis heredi dedit, sed quasi viro bono com« missum relictum ». Tal'è il linguaggio della legge 11, § 7, D. *De legat.* 3.° In questo caso non si può dire, che il legato dipende dalla pura volontà dell'erede, poichè questi è nell'obbligo di farne il rilascio, se un uomo da bene giudica essere ciò giusto (4).

276. Nul'a vieta di aggiungersi alla disposizione una condizione, che sarà imposta all'erede, gravato del legato, di fare o di non fare qualche cosa. Comunque allora questi sia padrone di fare o di non fare la cosa prescritta, nonpertanto non si può dire, che la prestazione del legato dipende intieramente da lui; perciocchè non può evitare questo legato, che facendo o astenendosi di fare questa cosa. Per esempio: « Il mio erede pagherà 100 fran« chi all'ospedale, se ascende il Campidoglio »; questo legato è valido, sebbene sia in facoltà di quest'erede di ascendere o no al Campidoglio. E la ragione si è, che non è assolutamente in sua potere di pagare o di non pagare i 100 franchi all'ospedale, perchè non si può dispensare dal pagarli, se ascende il Campidoglio, nè si può altrimenti sottrarre al pagamento, che non ascendendovi (5).

Questo sentimento è quello di Cujacio (6), ed io lo considero perfettamente giuridico. Nondimeno Vinnio (7) pensa, che un tale legato, « Il mio erede pagherà 100 franchi all'ospedale, se ascende il Campidoglio » non è valido, perchè trova, che è un fare troppo dipendere la disposizione dal puro arbitrio dell'erede. Però io non credo, che convenga partecipare a suoi scrupoli. Del resto l'opinione di Cujacio è adottata da Pothier nelle sue Pandette, ed è l'opinione comune.

277. La condizione può essere conferita all'arbitrio di una terza persona? Ulpiano nella legge 1, D., *De leg.* 2.° risponde a questa questione. « *In arbitrium alterius conferri « legatum, veluti conditio. potest: quid enim « interest*, si Titius in Capitolium ascenderit, « *mihi legetur, an*, si voluerit? »

La legge 46, § 2, D. *De fideic. libert.* contiene la stessa decisione: *Si Sejus voluerit, « Stichum liberum esse volo*; mihi videtur « posse dici libertatem valere: quia conditio « potius est, quemadmodum si mihi legatum « esset, *si Titius Capitolium ascenderit* (8) ».

Nondimeno vi sono due testi, che formalmente decidono, non potersi simili disposizioni sostenere per questa ragione, che *in alienam voluntatem conferri legatum non potest*. Sono le leggi 52. D. *De condit. et demonst.*, e 68. D. *De hered instit.*, le quali proscrivono categoricamente la condizione *si voluerit*, di talchè il per ed il contra sono consacrate in tesi in questi testi.

Gli autori si sono molto adoprati per conciliarli (9) Cujacio (10) dice, che nelle due prime leggi il legato fatto in questi termini, *si voluerit*, può essere rettificato, interpretandolo in questo modo, *si forte acciderit aliquando ut Titius assenserit*, e riducendolo sotto forma di condizione; di modochè allora non si può considerare, che il testatore abbia fatto intieramente dipendere la disposizione dalla volontà di questo terzo. Per lo contrario nelle due altre leggi, si vede dalle circostanze, che il legato è pienamente commesso all'arbitrio altrui, e che viola la

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 458, n. 50, e nella nota 9. Furgole, VII, 2, 37, e seguenti.
(2) *Infra*, ni 365 e 366.
(3) L. 8, D, *De oblig. et act.*
(4) Cujacio, 2, *Observ.* 2.
(5) L. 3, D., *De legat*, 2°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 459, ni 52 e seguenti.
(6) 2° *Observ*, 2.
(7) *Quaest. select.*, 2, 25.
(8) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 460, ni 55, 58.
(9) V. su tal subietto Doneau, VI, 19, 10 e 11. Furgole, cap. 7, sez. 2, n. 8, e *Quist. sulle donazioni*, 46.
(10) 2° *Observ.*, 2, e sulla legge 43, § 2, D., *De legat.*, 1°.

Digitized by Google

massima, che il testamento non può *ex alieno arbitrio pendere*. Pothier ha seguito questa interpretazione nelle sue Pandette. Ricard ha cercato di confutarla (1), e benchè sia ordinariamente di troppo piccola mole per lottare con Cujacio, qui ha colpito al segno e mi pare di avere del vantaggio. «So bene, egli dice, che regolarmente i legati sotto condizione possono essere buoni, ma non ne siegue, che per poter trasmutare il legato concepito ne' termini, di cui si tratta, nella forma di legato condizionale, venga ad esser reso valido. Imperciocchè la massima generale, sulla quale tutte queste leggi sono basate, che vuole, che un legato lasciato alla volontà altrui non possa aver effetto, non vuol dire altra cosa, se non che un legato, che ha per condizione e per fondamento unicamente la volontà di un terzo, non è valido. Nonpertanto in questa conversione de' termini di Cujacio, *si forte acciderit aliquando*, *ut Titius assenserit*, che altro rattrovasi, fuorchè la volontà tutta nuda ed assoluta, apposta per condizione? il che è la medesima cosa, che se avesse lasciato i termini del testatore *si Titius voluerit*, trovandosi la condizione così bene in questo parole *nel caso che lo voglia*, che nelle altre, che surroga, di tal chè la conciliazione, cha pretende di fare, va a finire in un giuoco di parole ».

Ricard dunque vuole, ed in questo è semplicemente l'eco di una opinione accreditata, che Ottomano (2) e Vinnio (3) hanno benissimo difeso, che la condizione *si voluerit* nelle due prime leggi non s'a conservata, se non perchè si risolve *in arbitrio boni viri*, vale a dire, che il testatore ha considerato Tizio como un arbitro per giudicare della giustizia del legato, non già pel capriccio della sua pura volontà, nè avuto riguardo a'beni lasciati dal testatore o altrimenti.

« Ed in effetti secondo Vinnio; « In testamentis hoc perpetuum est, ut legatum in alterius arbitrium collatum, in boni viri arbitrium collatum esse intelligatur, et sive is, in cujus arbitrium est, arbitretur, sive non semper utile est. (*L.* 1, § 1, *L.* 3, e 4. § 1, *C.*, *Com. leg. et fidcie.*). At non potest legatum conferri in tertii liberum arbitrium simpliciter... nam tum vellet testator ex puro Titii arbitrio pendere legatum, sive is aequum sive iniquum arbitratur, quod fieri non potest » (L. 32, *De hered. instit*).

Circa l'obiezione ricavata dalla legge 43, § 2, D. *De leg.*, 1.°, che contiene *Legatum in aliena voluntate poni potest*; in *heredis non potest*, si può dire con la glossa e la comune opinione de'dottori, che queste parole *in aliena voluntate* debbono intendersi del legatario, cui si può lasciare sotto la condizione *si voluerit*, come qui sopra abbiamo detto (4).

278. Ma mettiamo da parte l'onore delle leggi romane senza troppo impegnarci di conciliarle, e vediamo, se parlando ragionevolmente, il testatore non può fare intervenire la volontà equa ed arbitraria di un terzo come condizione della sua disposizione. Niun dubbio, che il testamento dovendo essere l'espressione della volontà del testatore, non potrebbe intieramente dipendere dalla volontà di un terzo; senza ciò non sarebbe *justa mentis nostrae testatio*. Ma abbiamo già veduto qui sopra (5) con le stesse leggi romane, che aiente vieta di completare la disposizione pel concorso della volontà di un terzo, come ciò ha luogo nella facoltà di scegliere, consacrata dall'ordinanza del 1735. Perchè un testatore non potrebbe rendere un terzo giudice di certe quistioni di opportunità, di convenienza, di giustizia, che egli chiama a decidere, come quell'uomo dabbene, di cui parla Cicerone nelle sue *Tusculane* e ne' suoi *Offici*? Pietro lascia de'manoscritti importanti, e li lega a sua moglie per ritrarne il profitto della loro pubblicazione. Però dubitando, che questa pubblicazione non abbia degli inconvenienti per le persone, che sono nominate ne'manoscritti, incarica Terzo di esaminarli e di giudicare, se n'è possibile la pubblicazione; e nel caso, in cui Terzo pensasse, che questi scritti non debbano vedere la luce, vuole il testatore, che siano bruciati. Ecco per certo un legato, che sino ad un certo punto dipende dalla volontà di un terzo. Ecco il *si volet*, così controvertito nelle leggi romane, ma a rigore non si ha bisogno della loro autorità per vedere, che niente è più sensato e più saggio di questa disposizione del testatore.

Altro esempio.

Pietro vuole fare una liberalità ad una donzella, ma non vuole essere benefico verso di lei, che se ella dà dopo la sua morte delle garantie di buona condotta: in questo scopo fa una liberalità così concepita «Lego a Francesca 10 mila franchi pagabili due anni dopo la mia morte se il Curato della Parocchia dichiara al mio erede, esserne ella degna per la irreprensibile condotta ». V'ha in questa disposizione qualche cosa del *si volet*, ma che importa? Quel che il testatore ha dimandato al terzo, di cui invoca il parere, è un giudizio d'uomo di onore, e non già la volontà capricciosa, che ad arbitrio può dire si o no.

279. Con più forte ragione nulla vieta al testatore di fare dipendere il legato da un fatto, che il terzo sarà padrone di eseguire o di

(1) *Donat.*, n. 578.
(2) *Amic.*, V.
(3) *Quaest. selec.*, 2, 25.

(4) N. 273. Vinnio, *luog. cit.*
(5) N. 151.

non eseguire. Per esempio. « Dono 100 franchi a Tizio, se Mevio ascende il Campidoglio (1) ». Secondo Ricard questa regola si fonda su questa ragione, che essendo quistione di dar effetto alla volontà del testatore, bisogna piuttosto persuadersi per farla valere, che egli ha così condizionato il legato per qualche ragione conosciuta da lui solo, e che non ha voluto scuoprire, che credere, che il suo disegno sia stato di lasciare questo legato alla disposizione assoluta del suo erede o di un terzo (2). Però niente è più inammessibile di questa spiegazione.

Doneau ha messo il dito sullo difficoltà col far osservare, che altra cosa è fare dipendere una disposizione dalla volontà altrui, altra cosa farla dipendere dal fatto altrui. Quando dico. « Sempronio sarà mio erede, se Tizio lo vuole » la mia volontà, che deve fare la base del testamento, è qui dominata dalla volontà di Tizio, il che non può essere. Ma se dico: « Sempronio sarà mio erede, se Tizio ascende il Campidoglio », esigo qui un fatto. Or questo fatto di ascendere il Campidoglio non dipende solamente dalla volontà di Tizio; può dipendere da casi fortuiti, d'accidenti; Tizio può divenire ammalato, può morire, una forza maggiore può impedirlo il Campidoglio può incendiarsi ecc. In tutti questi casi la sua buona volontà si trova paralizzata, e queste sono delle cause estranee ed accidentali che agiscono. Or il testatore può sottoporre la sua volontà a degli avvenimenti casuali (3).

280. Vi sono delle condizioni, che rendono la disposizione perplessa (4), ed allora la disposizione essendo contrariata dalla condizione, e la condizione essendo contrariata dalla disposizione, tutto diviene nullo. Per esempio. « Se Sejo è mio erede universale, voglio che « Cajo sia mio erede universale » (5). Si vede, che in una disposizione di questo genere vi è impossibilità di conoscere qual è stata la vera intenzione del disponente, per lo che è il caso di applicare questa massima. *Ubi pugnantia inter se in testamento haberentur, neutrum ratum est* (6).

281. Si domanda, se la condizione di dare una cosa uguale al legato distrugge la disposizione. Se il testatore legasse 100 franchi a Cajo a condizione, che il legatario dasse 100 franchi a Sempronio, è chiaro, che il legato sarebbe inutile ed anche ridicolo, come dice il Giureconsulto Paolo. « *Et magis ridiculum* » (7). Ma se il testatore legasse a Tizio un fondo del valore di 10 mila franchi, se questo Tizio dona 10 mila franchi ad un terzo, il legato sarebbe valido: « *uberrimum videtur esse legatum* »; dappoichè il legatario può avere un grande interesse a possedere anche mediante del denaro il fondo legato, che forse senza di ciò non avrebbe trovato a comprare (8).

282. Abbiamo esposto le considerazioni, che mettono in gran luce il carattere delle condizioni. Ora bisogna guardarne gli effetti.

Cujacio ha cavato la quintessenza delle leggi, quando ha dato la seguente descrizione delle condizioni: *Conditio est causa apposita legato, qua existente, legatum debetur, deficiente, perimitur. suspenso, suspenditur* (9). Non potevano restringersi in minori parole tutti i principî della materia, e questa descrizione è così profonda, che vi vorrebbe quasi un volume per svilupparla.

Cujacio dunque considera tre epoche per precisare l'effetto della condizione.

1.° Il tempo, pel qual'è sospeso, *suspensa*.

2.° Il tempo, in cui si verifica, *existente*.

3.° Il tempo, nel quale manca, *deficiente*.

Non possiamo far meglio, che seguire la divisione tracciata con tanta sagacità dal grande Giureconsulto.

283. E dapprima occupiamoci dell'effetto sospensivo della condizione. Mentre pende la condizione, il legato non è ancora dovuto. « *Legata sub conditione relicta, non statim, sed cum conditio extiterit, deberi incipiunt* (10). »

Il legatario adunque non ha che un dritto puramente eventuale sul legato, e non può disporne che eventualmente (11).

Da ciò siegue, che pendente il tempo, che precede la scadenza della condizione, la proprietà risiede nella persona dell'erede, che questi fa suoi i frutti, e che può rivendicarli contro ogni ingiusto detentore: « *Fundum ante conditionem impletam, ab herede non traditum, sed a legatario detentum, heres vindicare cum fructibus poterit* (12).

284. Un'altra conseguenza si è, che *pendente conditione*, l'erede può vendere la cosa legata, ma se la condizione si verifica, sarà nullo l'alienazione per la regola « *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (13) »

285. Nei contratti il creditore condizionale trasmette i suoi dritti ai suoi eredi, perocchè chi stipula per sè, stipula pure pei suoi successori. Ma non è lo stesso nei testamenti, ed il

(1) L. 52, D., *De condit. et demonst.*
(2) *Donaz.*, n. 573. Caso in cui il legato è utile.
(3) VI, 19, 11.
(4) Sopra n. 219.
(5) L. 16, D., *De cond. instit.*
(6) L. 188, D., *De regulis juris.* Furgole, VII, 2, 28. antica, 2, 15, 12.
(7) L. 65, D., *Ad legem falcid.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 4-2, n. 68.
(8) *Infra*, n.i 365 e 366. L. 54, D., *De legat.*, 2°.
(9) Recit. solenn. sul C., *De cond. insert.*
(10) L. 41, D., *De cond. et demonst.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 476, n. 133. Cassaz., 20 aprile 1816. (Dev. 46, 1, 395).
(11) L. 41, D., *De cond. et demonst.*
(12) L. 32, § 1, D., *De legat.*, 2°. Ricard, *Disp. condit.*, 182. Furgole, VII, 4, 15, e seguenti.
(13) L. 3, § 3, C. *Comm. legat.* Furgole, VII, 4, 40

Digitized by Google

legatario condizionale non trasmette il suo dritto e la sua speranza ai suoi eredi; se viene a morire prima dell' avveramento della condizione il legato è caduco per la ragione, che il legato è fatto unicamente *respectu personae legatarj*, e ch'è presumibilissimo, che il testatore non avrebbe legato, se avesse preveduto, che il legatario morirebbe prima della scadenza della condizione (1).

Tale à la regola, la quale piega soltanto nel caso, che il testamento racchiude una volontà positiva di chiamare l' erede del legatario nel posto dello stesso legatario (2).

286. Quando il legato è di due cose alternative, delle quali l' una è legata sotto condizione, l' altra puramente e semplicemente, la condizione sospende la disposizione per lo intiero anche in ciò, che ha di puro e semplice. Ed in effetti il legato alternativo non costituisce due differenti legati, ma uno stesso e solo legato; e siccome questo legato non può essere nel tempo stesso puro e semplice e condizionale, siegue, che la condizione deve produrre il suo effetto.

Per esempio. « Lego a Tizio un usufrutto, oppure, se una nave arriva dalle Indie, una somma di 100 mila franchi ». Tizio non potrà dimandare il rilascio del legato, che quando la nave sarà arrivata dalle Indie. Nulla l'autorizza a domandare l'usufrutto prima della scadenza della condizione, perciocchè il legato è alternativo, e si comprende bene non esservi alternativa primachè la scadenza della condizione non abbia fatto sorgere il debito della cosa, che forma quest'alternativa. Il che viene deciso da Giuliano, Papiniano, ed Ulpiano (3).

Questi principi su' legati alternativi conducono a questa conseguenza, che simile legato non passa all' erede del legatario, se questo legatario viene a morire prima della scadenza della condizione (4).

287. L'effetto sospensivo, che risulta dalla condizione, non vieta al legatario di fare tutti gli atti conservatori de'suoi dritti, e d'intentare le azioni necessarie per la conservazione del suo legato, se vedesse, che l'erede deteriorasse la cosa legata, ed agisse in suo pregiudizio (5).

Pensiamo pure con Furgole (6), che l'erede potrebbe in caso di timore grave e fondato essere tenuto di dare cauzione. Nulla è più sacro delle ultime volontà, e bisogna impedire l'erede di renderle ineseguibili mercè la sua cattiva gestione (7).

288. Il legatario potrebbe pure contrattare sul suo legato (8), venderlo come si vende una eventualità, ed anche stipulare con l'erede, che vi rinunzia.

Ma se il legatario si fosse limitato a fare la sua rinunzia in cancelleria, e che non fosse stata accettata, non ne sarebbe astretto, e potrebbe dimandare il rilascio del legato dopo lo avveramento della condizione (9). E la ragione si è, che non si può rinunziare con un atto diffinitivo ad un dritto non aperto, quando quest'atto è unilaterale, e non vi obbliga verso di alcuno.

Ma non è lo stesso quando il legatario ha rinunziato al suo dritto per mezzo d'una cessione, una permuta, o altro contratto. La buona fede, ch' è la base delle convenzioni, vieta, ch' egli dimandi una cosa, che in vista di certi vantaggi, ha determinatamente promesso di non reclamare. Si sa d'altronde, che si può contrattare sulle cose future, sulle speranze e le incertezze, ed il legatario non ha fatto altro.

289. Tali sono gli effetti della condizione sospensiva in quel, che concerne l'epoca, nella quale è tuttavia pendente. In riassunto il legatario non ancora ha un dritto, ma delle speranze per un dritto; non può dimandare il rilascio del legato; l'esecuzione n'è sospesa sino al momento dell'avveramento della condizione, nè può fare, che degli atti conservatori.

Nondimeno osserviamo, che il favore delle ultime volontà ha fatto introdurre un'eccezione a questa regola per le condizioni negative, che consistono *in non faciendo*, e per le quali la sola morte del legatario può stabilire la pruova, che non vi sarà contravvenzione.

Per esempio « lego 100 franchi a Tizio, se non ascende il Campidoglio ». È chiaro, che una tale disposizione non si può assolutamente verificare, che per la morte di Tizio, perocchè sinchè vive sarà incerto, se ascenderà o pur no il Campidoglio (10)

(1) L. 59, D., *De cond. et demonst.* Ricard, *Disp. condit.*, 184. Furgolo, VII, 4, 24. Art. 1040, C. Nop. *Infra*, n. 312.

(2) Fabro, *De error. pragmat.*, dec. 31, error. 3 e 4. Furgole, VII, 4, 29.

(3) L. 25, D., *Quando dies legat. ced.* V. *Pand.*, di Pothier, t. II, p. 390, ni 26 e 27.

(4) Voet, 36, 2, 5. Furgole, VII, 4, 39.

(5) Ricard, *Dispos. cond.*, 185.

(6) VII, 4, 49.

(7) V. il titolo del Dig. *Ut legat. seu fideic. servand. causa.*

(8) L. 7, § 18, D., *De pactis*.

(9) Pomponio, l. 45, § 2, D., *De legat.*, 2°. Ulpiano, l. 13, D., *De acq. haered.* Art. 784 e 790, Cod. Nap. Ricard, *Disposit. condit.*, n. 186. Furgole, VII, 4, 17 a 38.

(10) Sciendum est conditiones, quae legatis adscribuntur alias *in faciendo* consistere, alias *in non faciendo*. Conditiones, quae in faciendo consistunt, legati obligationem, actionem, solutionem differunt; conditiones quae in non faciendo consistunt, legati obligationem, actionem, solutionem non differunt. Nam si cui ita legetur, *si Capitolium non ascenderit*, ei haeres statim legatum solvere debet, si modo caverit, se non facturum quod in conditione prohibetur... Haec cautio appellatur *cautio Muciana* ob inventore Q. Mucio Scaevola jurisconsulto... Cautioni Mucianae locum non esse in *donationibus inter viros*, atque etiam in stipulationibus, quae restrictius accipiuntur, satis constat. Et ratio dif-

I Giureconsulti romani hanno fatto in simili disposizioni un ragionamento, che mostra il loro spirito di osservazione e l'aggiustatezza delle loro idee. Se la condizione, di cui si è parlato, produce un effetto sospensivo, (come le parole sembrano indicarlo) che cosa ne risulterà? Che il legato trovandosi purificato unicamente alla morte del legatario, non sarà rilasciato, che alla morte di questo stesso legatario. Or è egli presumibile, che un testatore abbia da un lato scelto un legatario per dargli una parte de' suoi beni, e che dall'altro abbia ordinato, che non dovesse goderne in alcun modo durante la sua vita? Ciò sarebbe assurdo, e contrario alla vera intenzione del disponente. Imperocchè bisognerebbe supporre, che ha voluto gratificare non il legatario, ma solamente i suoi eredi, che sono per lui delle persone, per la maggior parte del tempo incerte ed ignote. Epperò si deve decidere, fondandosi sull'intenzione probabile del testatore, che la condizione, *se non ascende il Campidoglio*, è piuttosto un peso, *pro modo*, che una condizione (1); ed in conseguenza il rilascio del legato non si troverà affatto sospeso, ed il legatario potrà esigerlo dal giorno della morte del testatore, salvo a dare cauzione, che non farà la cosa vietata, e che nel caso, in cui vi contravvenisse, restituirà l'oggetto legato con co' frutti. Questa cauzione si chiamava *cauzione muciana* dal nome del Giureconsulto *Muzio Scevola*, che ne fu l'autore (2).

290. Ma osservate, che quest'eccezione non aveva luogo, che per le condizioni, che consistendo *in non faciendo*, non potevano purificarsi, che per la morte del legatario, dapoichè se la condizione negativa potesse purificarsi in vita del legatario, (il che avverrebbe, se fosse casuale o mista), l'eccezione cesserebbe, ed i principî riprenderebbero tutto il loro vigore.

Per esempio. « V'instituisco, *se non vi maritate con Mevia*. » Siccome la disposizione si può purificare col vostro matrimonio con ogni altra donna, o anche con la morte di Mevia, ne siegue, che le ragioni, che avevano deciso i giureconsulti romani, non trovano qui la loro applicazione, e che la disposizione resta qui subordinata ad una condizione sospensiva, che impedisce al legatario di profittare della istituzione, primachè non rimanga purgata la condizione (3).

Queste idee e queste distinzioni sono così ragionevoli, che facevano autorità nell'antico dritto in materia di testamento, e sono ancora presentemente la ragione scritta. Solamente la cauzione muciana, di cui il codice non parla, è abrogata, ed i giudici non dovrebbero necessariamente ordinare, che venisse fornita (4), a menochè de' seri motivi non facessero temere la dilapidazione del legatario. Ma in allora la cauzione sarebbe prescritta, non come cauzione muciana, ma a causa del caso particolare e del carattere della persona.

291. Passiamo all'epoca, in cui arriva l'avvenimento preveduto dalla condizione (*conditione existente*).

L'evento della condizione produce due effetti principali: il primo di purificare la disposizione; *existentia conditionis*, dice Mantica, *deducit rem in esse perfectionis* (5); il secondo di rimontare al momento della morte del testatore, e di avere per conseguenza un effetto retroattivo.

Quando dunque la condizione si verifica, è come se la disposizione fosse stata pura e semplice. *Dies cedit*, dicono le leggi romane, vale a dire che il legato è dovuto, e che l'erede ed il legatario condizionale trasmettono i loro dritti a' loro eredi (6)

Ricard ha sostenuto, che ne' legati l'evento della condizione non produceva effetto retroattivo (7). Lo stesso pensiero vien espresso da Pothier (8) dopo Cujacio (9). Furgole per lo contrario sostiene, che l'evento della condizione produce un effetto retroattivo (10).

Ma questi due pareri si possono conciliare, e per questo basta d'intendersi.

Se in effetti si considera la persona del legatario, la sua capacità, il suo dritto per trasmettere al suo erede, non bisogna guardare il tempo del testamento, ma il tempo, in cui la condizione si è verificata: *In legatis spectatur tempus, quo conditio exstitit*; *in stipulationibus tempus contractus* » Queste sono le pa-

ferentiae haec est quod legatum nominatim non contulerit in ultimum momentum vitae legatarii his verbis, *cum morieris*; sed si ita scripsit, *si Titius in Capitolium non ascenderit*, modum potius quam conditionem fecisse videtur, nisi aliam fecisse ejus mentem heres probaverit.. Ac postremum non cautioni Mucianae locus, in his conditionibus, quae, vivo legatario, alterius morte vel alio modo expleri possunt, ut in hoc casu, *si a marito non diverterit*. An capiet statim legatum, oblata cautione? Minime, quia conditio, viva ea expleri potest praemortuo marito, vel divortio facto culpa mariti . . (Cujacio, *Quest. Papin.*, l. 18, ad legem 72, D, *De cond. et demonst* — Aggiungi Voet *ad Pand.*, l. 28 t. VII, n. 6).

(1) *Infra*, n. 353.

(2) L. 7, § 1, D., *De cond. et demonst.* L. 19 e 79, § 2, D., *eod. titulo* Furgole, VII, 4, 5 e seg. Ricard, *Dispos. cond.*, n. 301. Toullier, t. VI, p 565 e seg. Pothier, *Pand.*, t. I, p. XIII, e t. II, p. 477, n. 133. Heineccius, *Hist. juris*, § 145.

(3) L. 106, D., *De cond. et demonst.* Cujacio, *luog. cit.* Voet *luog. cit.* Furgole, *luog. cit.*

(4) Toullier, t. VI, p. 567, e seguenti. Merlin, Rep, v° *Legati*.

(5) *De conject. ult. vol.*, XI, 16, 2.

(6) L. 5, D., *Quando dies legat cedit.*

(7) *Disp. condiz* n. 203.

(8) Obbligazioni n. 220.

(9) Sulla legge 78, D., *De verbor oblìgat.*

(10) VII, 4, 144.

Digitized by Google

role di Cujacio (1), e Furgole non tralascia di essere di uo parere diverso (2).

Così ooo è oecessario, che il legatario condizionale sia capace di ricevere nel momento del testameoto purchè lo sia nel momento dell' avveramento della condizione; quindi sotto di tale rapporto la condizione noo ha effetto retroattivo.

Non è lo stesso nei cootratti, come Cujacio lo ha detto, imperciocchè per giudicare della capacità dei contraenti e del dritto di trasmessione ai loro successori si considera non il tempo della condizione, ma quello del contratto.

Epperò in ciò che cooceroe le persooe gravate di condizione evvi una grande differenza tra i cootratti ed i legati. Qoi non v' ha effetto retroattivo; là effetto retroattivo completo. Su di ciò noo vi è dubbio alcuno, e totti sono di accordo (3).

Ma se si viene a coosiderare il dritto dello erede di disporre della cosa relativameote ai terzi, la condizione produce un effetto retroattivo così nei testameoti come nei contratti. Il perchè se l'erede, oomunque proprietario della cosa legata, pendente la condizione l' alieoa, l' ipoteca, o la soggetta a servitù, l'avveramento della condizione fa svanire tutto quello, che ha fatto, e la cosa deve trovarsi così libera come l'era nel giorno della morte del testatore pel principio: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Sicchè qui la condizione risale al gioroo della morte del testatore (4).

Egli è vero, che l' crede oon deve la restituzione dei frutti percepiti pendente la sospensione della condizione, e che il legatario noo ha alcuo dritto per reclamarli; ma questa circostanza, male a proposito rilevata da Ricard come pruova della non retroattività, noo attenta all' effetto retroattivo, di cui parliamo. Il dritto dell' erede su i frutti *pendente conditione* deriva da oo altro principio, dapoichè per fare suoi i frutti basta di avere buona fede e titolo. « *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus quos percepit, ejus esse pro cultura et cura*. Così parlaoo, le istituzioni (5). Ora l'erede è certameote uo possessore legittimo e di buona fede, mentre pende l' avverameoto della condizioue, e perciò deve guadagnare i frutti (6) (a).

292 Arriviamo alla mancanza della condizione (deficieote) ed a' suoi effetti. Come Furgole osserva (7), tutto ciò che si può dire a tale riguardo, è contenuto io questa massima dei dottori, ricavata dalla legge 8, D., *De pericul. et comm. rei vendit.* « Actus conditionalis, defecta conditione, nihil, est. » La disposizione cade del tutto, ed il legatario perde tutt' i suoi dritti seoza speranza di ricuperarli, perocchè è un' altra massima de' dottori che, *conditio semel defecta, non restauratur* (8).

A tal proposito bisogna osservare, che il legatario, che contradittoriameote ha dichiarato, non volere adempire la condizione, che conosceva, non può in seguito essere ammesso ad adempirla: « *Quod enim semel repudiatum, redintegrari minime concedimus* (9). Ed in effetti, come l'osserva Cujacio, è quella una ve-

(1) *Luogo cit.*

(2) VII, 4, 145.

(3) Il mio comm. della *Vendita*, t. I, n. 36.

(4) L. 3, § 3, D., *Comm. legat.* L. 69, § 1, D., *De legat.*, I°. L. 105, D., *De cond. et demonst.*

(5) *De rerum. divis.* § 35.

(6) Furgole, *luog. cit.* n. 147. Toullier, t. VI, p. 373.

(a) Il § 35 del Titolo 1° del secondo Libro delle istituzioni contempla un caso diverso dall'erede, che, *pendente conditione*, percepisce i frutti della cosa legata sotto condizione sospensiva. *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet causa aeque bona fide acceperit.* Il compratore o il donatario in questo caso igoora i vizi del suo contratto, e ragionevolmente si crede proprietario irrevocabile per effetto di un giusto titolo, che nella propria opinione non gli farà perdere mai il dominio del fondo acquistato. L'erede per lo contrario noo ignora, che possiede precariamente, e che l' avveramento della condizione puol fare svanire l' indomani il dominio della cosa legata. La buona fede del primo è completa, assoluta; quella del secondo è un semplice desiderio, una speranza, che la condizione non si verifichi; entrambi posseggono legittimamente, ma avuto riguardo al titolo del possesso di ciascuno, l' uno dee credersi proprietario incommutabile, l' altro no. Adunque la condizione dell' uno o dell' altro non può essere uguale, nè simile la buona fede.

Pomponio nella legge 45 D, *De usuris* chiama possessore di buona fede, e gli attribuisce i frutti industriali *pro coltura et cura*, il coniuge, che ha posseduto la cosa donatagli dall' altro coninge, tuttochè le donazioni tra' coniugi fossero nulle per dritto romano. (L. 3, § 11, D., *De donat. inter vir. et uxor.*). Or la condizione di un erede *pendente conditione* è migliore di quella di un coniuge donatario dell'altro, e conseguentemente agli *pro coltura et cura* e mercè la percezione fa suoi i frutti industriali.

In quanto a' naturali non possono essi attribuirsi al possesso civile, di cui indubitatamente il detto erede è investito in pendenza della condizione? Non possono anche ripetersi dalla volontà del testatore, che nella materia delle disposizioni testamentarie è sovrana? E difatti il testatore, che ha fatto dipendere il legato da uno condizione sospensiva, pendente la quale il legatario non ha alcun diritto, ma una semplice speranza, e che così disponendo, ha lasciato all' erede il possesso della cosa legata sino all'avveramento della condizione, ha voluto per questo stesso, che ne percepisse i frutti insino a che, verificata la condizione, sorgesse in lui il debito di consegnarla. La condizione adunque verificata retroagisce al dì della morte del testatore, onde da questo o non dall'erede il legatario abbia il legato, ma i frutti nell' intervallo percepiti dall' erede gli appartengono; i naturali pel possesso civile, di cui in tal tempo è stato investito e per la volontà del testatore; gl' industriali per questi medesimi titoli ed anche *pro coltura et cura*. *Il traduttore.*

(7) VII, 4, 150.

(8) Furgole, *luog. cit.* n. 160. L. 41, § 12. D., *De fideicom. lib.* Mantica, XI, 16, 2.

(9) L. ult., C, *De cond. insert.*

ra ripudiazione (1), e si deve applicare l'art. 790 del Codice Napoleone (2) (a).

293. Sino al presente abbiamo particolarmente applicate alle condizioni sospensive le nozioni, delle quali dicevamo qui sopra aver fatto Cujacio un sì perfetto riassunto (3).

Vediamo come si applicano alle condizioni risolutive.

Si sa, che la condizione risolutiva ha per effetto, non di sospendere la disposizione, ma di risolverla. In una donazione o in un legato soggetto a tale condizione, la liberalità è pura e semplice nel suo principio, e deve ricevere immediatamente la sua esecuzione; la sola risoluzione si trova sospesa.

Vi è dunque un effetto sospensivo anche nella condizione risolutiva, se non che questo effetto non tocca l'origine della disposizione, ma si riferisce alla sua risoluzione. Epperò tutto quello, che qui innanzi abbiamo detto sulla sospensione della disposizione, deve qui applicarsi alla sua risoluzione.

Quando la condizione risolutiva si verifica, la disposizione si trova di pieno dritto risoluta, e le cose sono rimesse nel medesimo stato, come se non vi fosse stata disposizione. La risoluzione si fa *ex causa primaeva ed antiqua* (4): le alienazioni od ipoteche consentite dal donatario o legatario sono ugualmente risolute per la regola, così spesso citata: *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (5).

Per esempio Tizio lega la metà de'suoi beni a sua moglie sotto la condizione risolutiva di non maritarsi; nel caso di secondo matrimonio la liberalità sfugge alla donna senz'altro esama ed *ipso jure*.

294. Ne' contratti la condizione risolutiva opera di pieno dritto?

Ho esposto nel mio commentario della vendita lo stato dell'antica e della nuova giurisprudenza su questa quistione (6); fa d'uopo di ricorrervi. Facendone qui una applicazione sommaria per la donazione tra vivi, diremo: la condizione risolutiva è casuale? come per esempio: « Vi dono la mia foresta di Haremberg, e questa donazione sarà risoluta, se mio cugino, di cui non ho notizia, arriva dalle armate: » la risoluzione avrà luogo di pieno dritto all'arrivo del cugino. L'art. 960 del Codice Napoleone (b) offre a tale riguardo un' irresistibile argomento.

Ovvero la condizione è potestativa, per esempio. « Vi dono la mia terra di *Sablons*; ma « questa liberalità sarà risoluta, se sposate « Mevia, » Non appena avrete contratto il matrimonio con Mevia, la donazione cesserà, e la risoluzione si oprerà *ipso jure* come nel caso precedente (7).

Avverrà lo stesso, se la condizione è potestativa negativa, come: « Vi dono la mia foresta di Haremberg, ma questa donazione « sarà risoluta, se quando avrete 25 anni, non « abbandonate il servizio militare per venire « ad abitare con me. » In questo come nel caso precedente l'avveramento della condizione risolutiva opererà *ipso jure* (8).

Ma se la condizione risolutiva è tacita, come nel caso dell'art. 952 (9) (c), allora la risoluzione non opera *ipso jure*, ma bisogna mettere in mora. « *Aliud juris est, si quid tacite continetur, aliud, si verbis exprimatur* » (10).

295. Quando la condizione risolutiva si è verificata, e che la donazione è risoluta, questa risoluzione importa la restituzione de'frutti percepiti sia dal donatario, sia dal legatario?

Esaminiamo prima la quistione relativamente al legatario: una distinzione dev' essere fatta tra le condizioni casuali e le condizioni potestative.

Se la condizione è casuale, come: « Vi lego « 1000 lire franchi a condizione, che il legato « sarà risoluto, se mio cugino, di cui non ho « notizie, arriva dall'armata », è evidente, che il legatario non dovrà la restituzione dei frutti; è stato di buona fede, e si applichesà la dottrina esposta nel n. 288.

Ma se la condizione è potestativa, non potrebbe essere lo stesso per la contravvenzione del legatario alla legge imposta dal testatore. Prendiamo per esempio una condizione potestativa, che consiste *in non faciendo*: » Tizio « lega a sua moglie la metà de'suoi beni a con« dizione, che la liberalità sarà risoluta, se « contrae un secondo matrimonio, » In caso che il coniuge si rimarita, sarà responsabile di tutti i frutti percepiti, perchè con l'infrangere volontariamente la condizione, s' è reso indegno dell'a liberalità (11). Il che viene espressamente deciso dalle leggi romane (12).

Giustiniano lo dichiara pure in termini formali pel caso speciale, che ci serve di esem-

(1) Sulla l. 174, D., *De reg. juris*.
(2) Sopra n. 283.
(a) Art. 707 delle Leggi civili — *Il trad.*
(3) N. 282.
(4) Il mio comm. della *Vendita*, n. 59.
(5) L. 31, D, *De pignor*. Furgole, VII, 4, 153.
(6) N. 61.
(b) Art. 885 delle Leggi civili. — *Il traduttore.*
(7) Arg. dall'art. 1183, C. Nap., (*) e da queste parole *quando si verifica*.

(*) Art. 1136, delle Leggi civili.
Il traduttore.

(8) Arg. dello stesso art. 1183.
(9) *Infra* n. 1419.
(c) Art. 877, delle Leggi civili.
Il traduttore.
(10) Aggiungi art. 1184 e 1655 C. Nap. (**) Cass., 2 dicembre 1811 (Devilleu., 3, 1, 431).
(11) Furgole, VII, 4, 156 e 10.
(12) Papio., l. 76, § 7, D., *De legat*, 2° (Resp. 7), e l. 79, § 2, D, *De cond. et demonstr.* (defin. 1).

(**) Articoli 1137 e 1501 delle Leggi civili.
Il traduttore.

Digitized by Google

pio: « *Reddat quod datum est... et quos ae-* « *cepit in medio fructus* (1). »

Se ora passiamo al danatario, troveremo dei principî analoghi (2).

Pietro dona 50 mila franchi a Tizia suo figlioccia a condizione, che questa somma gli ritornerà, se premuore senza figli. Se la condizione si verificherà, il solo capitale rientrerà nelle mani di Pietro senza gl'interessi, perchè Tizia ha goduto della cosa con titolo e buona fede, ed un avvenimento puramente casuale, ha risoluto la donazione.

Ma supponiamo, che la condizione risolutiva invece di essere casuale, sia potestativa.

« Vi dono il fundo corneliano a condizione, « che vi maritiate con Tizia, e se non vi ma- « riterete con essa, la donazione sarà risolu- « ta. » Giuliano decide, che nel caso, in cui contro la condizione vi sarete maritato con Sempronia e non con Tizia, il fondo corneliano verrà restituito coi frutti (3).

Il Presidente Fabro crede nondimeno, essere più vero e più umano (*verior et humanior*) di lasciare i frutti al donatario sin al giorno della domanda, perocchè prima della rivocazione il donatario era proprietario, e dippiù non era costituito in mala fede (4). Si fonda su di una decisione del Senato di Chambery e sul l'autorità di Boerius.

Però non sapremmo assentire a questa opinione. È una regola generale nei contratti, che quando la convenzione è risoluta per inadempimento delle condizioni, chi è l'autore della contravvenzione deve restituire i frutti, imperocchè questa risoluzione è radicale, opera retroattivamente, e nulla deve rimanere nelle mani dell'acquirente, che ha mancato alle sue promesse « *Nihil penes eum residere oporte-* « *re ex re, in qua fidem fefellisset* (5) »

Avviene lo stesso, quando in luogo di una vendita vi è una donazione, e che il donatario fa risolvere pel suo fatto questa donazione, imperocchè non vi sono delle serie ragioni per raggiungere un diverso risultamento. D'altronde in ciò vi è uguaglianza ed armonia tra il dritto sulla risoluzione dei legati e la risoluzione delle donazioni.

Veramente quando la donazione è rivocata per causa d'ingratitudine, i frutti percepiti non debbono essere restituiti. Ma questa non è una obbiezione, ed è da stupire, che il Presidente Fabro abbia confuso questo ultimo caso con quello, che ci occupa. Come più basso vedremo, l'ingratitudine non fa rivocare la donazione *ex causa primaeva et antiqua*; nè opera veruno effetto retroattivo. Tutto ciò, che *medio tempore* è stato fatto, rimane (6), perchè l'ingratitudine è un fatto impreveduto, improbabile, e del quale le parti respingono l'augurio nel contrattare. Ma è tutt'altro quando si tratta di un caso di risoluzione unito alla liberalità, ed espressamente stipulato in origine.

296. Resta da vedere il caso, in cui manca la condizione risolutiva, e basta una parola per definire la posizione; la disposizione non ha più nulla da temere dal caso preveduto, e diviene ferma, stabile, diffinitiva.

297. Ora per completare le nozioni necessarie sull'effetto delle condizioni, conviene dire una parola di una questione celeberrima altre volte, e che sebbene sia adesso meno usuale, ha nonpertanto ancora la sua importanza; consiste nel sapere, se le parole contenute nella condizione possono avere una virtù dispositiva.

Abbiamo veduto, che il solo effetto della condizione è di fare dipendere la disposizione dall'avvenimento o dall'esecuzione della condizione per rendere perfetta, annullare, o risolvere la disposizione condizionale (7). In una parola, come dice Grivel (8), dopo il Presidente Fabro (9): « *Conditio nihil est, aut saltem non est quid positivum, sed tantum privatio puritatis* (10) »; ovvero per servirmi delle parole di Mantica: « *Conditio ipsa nihil po-* « *nit in esse, nisi fuerit purificata* (11). »

Se tal è il carattere unico della condizione, ne segue, che le parole, che formano la condizione, non possono disporre, e che per conseguenza colui, ch'è nella condizione, non è per questo nella disposizione. Per esempio il testatore fa una disposizione così concepita: « Se Sejo non è mio erede, voglio, che Cajo « lo sia. » Sembra a primo colpo d'occhio, che queste parole: « Se Sejo non è mio erede » suppongono una instituzione a favore di Sejo, che gli dia la possibilità di escludere Cajo, e prendere l'eredità. Nonpertanto la legge 19 D. *De hered. inst.* decide nettamente il contrario, come pure la legge 82 del med. titolo, e si può dire, non esservi massima più costante di quella insegnata da Cujacio sull'ultima legge, che abbiamo citata: « *Nec vocari videtur qui in conditione ponitur* (12). »

Molti Giureconsulti facevano nondimeno una eccezione a questa regola in favore de'figli del testatore, e decidevano, che i figli compresi nella condizione, venivano riguardati come dispositivamente chiamati. Così nel seguente

(1) Novella 22, C. 44, § 2. Aggiungi § 4.
(2) Furgole, VII, 4, 126 e 127.
(3) L. 7, § 1, D., *De condict. causa dat. non secuta.*
(4) Cod. *De revoc. donat*, 8, 28, def. 16.
(5) L. 5, D., *De leg. commiss.* Il mio comm. della *Vendita*, t. II, n. 652.
(6) Art. 958, C. Nap. (883 LL. CC.)
(7) Sopra n. 282.
(8) Decis. del Parlam. di Dole, *decis.* 120.

(9) *De error. pragm.*, decad. 26, err. 2, n. 16.
(10) Aggiungi Bartolo sulla l. *Si eum dotem*, D., *Sol. mat.*, n. 9.
(11) *De conjecturis ultim. vol*, XI, 16, 2.
(12) V su di ciò Pothier, *Pand*, t. II, p. 203, n. 39. Furgole, VII, 4, 65 e seguenti. Ricard, *Disp. cond.*, n. 455. Merlin, Repert., v° *Instituzione di ered*, p. 379, n. 7.

Digitized by Google

esempio: « Instituisco Pietro mio erede, e nel « caso che venga a morire senza figli, gli so- « stituisco Giovanni, » sostenevano doversi considerare i figli come sostituiti al loro padre, e per conseguenza chiamati di una maniera dispositiva, benchè non si trovassero messi nella condizione, che per fare barriera alla sostituzione creata in favore di Giovanni. Gli autori italiani, che con tanta compiacenza ed immaginazione si avventurarono nel campo delle congetture, erano stati gli inventori di questa interpretazione estensiva, e l'avevano fatto ammettere da molti Tribunali del loro paese (1). La più parte confessavano non però essere ciò contrario ai principî del dritto romano, ed in effetti le leggi 17, §. 5, D., Ad S. C. Trebell. e 16, §. ult. D., *De vulg. et pupil. subst.* decidevano implicitamente, che i figli messi nella condizione non erano considerati chiamati nella disposizione (2). Ma mercè delle presunzioni più o meno ingegnose, ma sempre forzate, cavavano dalle parole del testatore un risultamento, che le vere regole del dritto respingono.

I Tribunali francesi erano rimasti più attaccati ai principî, e l'ordinanza sulle sostituzioni le sanzionò nel più formale modo, respingendo come delle menzogne tutte le interpretazioni congetturali degli autori. *Mendacissima sunt omnia*, diceva Cujacio di queste invenzioni (3) (a).

Per lo che ammettevasi senza difficoltà il motto del dritto: *Ne vocari videtur qui in conditione ponitur*: motto fondato sulla ragione. Ed in effetti le disposizioni di ultima volontà debbono ritenersi quali sono per se stesse, e non indurle nè estenderle per mezzo di congetture sempre incerte, e spesso contrarie alla volontà del testatore. Quante presunzioni non si era obbligato di accumulare le une sulle altre per sostenere, che i figli contenuti nella condizione si avevano come chiamati dispositivamente! alle quali presunzioni potevasi del resto opporre sempre una presunzione contraria. Nell'esempio, che abbiamo citato in principio: « Se Sejo non è mio erede, voglio che » Cajo lo sia » sebbene la chiamata di Sejo abbia maggiore apparenza di probabilità, che in ogni altro caso, non pertanto non si può farla risultare, che da congetture estremamente dubbie. Bisogna supporre, che il testatore ha avuto l'intenzione d'istituire questo individuo, benchè non l'abbia detto in alcuna parte; che l'ha preferito a Cajo, dandogli il dritto di escludere quest'ultimo, e che appunto per aver detto. *Se Tizio non è mio erede*, ha realmente ritenuto come premessa, che Tizio lo era in effetti. Ma niente di tutto questo ha un carattere d'irrefragabile probabilità, e lungi del vedere nella disposizione una preferenza di Sejo a Cajo, vi vediamo per lo contrario una preferenza di Cajo a Sejo. Il testatore ha potuto ben pensare d'instituire eventualmente Sejo, e conseguentemente di escludere Cajo, ma non è meno vero, che nel momento del testamento non l'ha fatto, ed invece ha gratificato eventualmente Cajo, salvo a vedere ulteriormente, se non vi fosse luogo a distruggere questa disposizione con la chiamata di Sejo; ed essendo morto senza fare questa chiamata, è presistito a preferire Cajo a Sejo. Sostenere, che le parole, che formano la condizione, suppongono e la volontà di chiamare Sejo e la idea della sua istituzione, è creare delle disposizioni, e non già interpretare quelle, che esistono. Per lo contrario nella clausula, quale si presenta, vediamo, che il testatore ha pensato di gratificare Sejo più tardi, ma null'affatto nel momento in cui scriveva, perocchè se l'avesse voluto, l'avrebbe fatto, e non avrebbe adoprato un modo di esprimersi, che respingo molto più, che favorisce le pretensioni di Sejo. Cajo potrà sempre dire vittoriosamente al suo avversario: Sono stato istituito dal defunto, che ha voluto gratificarmi, salvo un caso determinato, quello, in cui voi sareste suo erede; ora voi non siete suo erede, perchè non ha giudicato a proposito d'instituirvi; epperò ha

(1) Peregrino, *De fideic.*, art. 28, ni 2, 3 e 4. Mantica, *De conjecturis ult. vol.*, XI, 2 e 3, riassume tutte le opinioni e tutte le congetture applicabili a questa quistione.

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 488, n. 193, e p. 217, n. 49 e la nota.

(3) Sulla legge 64, D., *De legat.*, 2°. (*Quaestion. Papin*, lib. X).

(a) Nonpertanto ad onta di questo mendacio apposto da Cujacio alle congetture, che il nostro illustre autore attribuisce agli scrittori italiani, lo stesso Cujacio, trattando nella consultazione 35 la famosa quistione, *se i figli, che sono nella condizione, sono nella disposizione*, ne ammette tre. 1° Se il testatore à preferito i maschi, *quia affectionis cujusdam praecipuae et enixae erga masculos praecipuorum argumentum*. 2° Se questo sia l'uso nella famiglia di sostituire di tal maniera; *consuetudo patrisfamiliae conjecturam facit summam*. 3° Se sia una casa illustre; *nobilibus cordi esse solet nominis et familiae propagatio*. A' quali tre casi tre altri rinomati scrittori francesi, Dumoulin, (*Consiglio VII*), Despeisses, (*Tomo 2*, p. 119 ni 21 e seguenti) e Ricard, (*Delle sostituzioni*, tom. II, tratt. 3, cap. 8, sez. 1) ne aggiungono tre altri. 1° Se i figli sono incaricati di portare il nome e le armi, *quia nemo oneratus nisi honoratus*. 2° Se il testatore ha proibito l'alienazione de' suoi beni; *prohibiti alienare, ergo vocati liberi*. 3° Se vi è geminazione di gradi, *si sine liberis et liberi sine liberis*. (*V. Berroyer e Chevalier note al Domat Lib. V, Tit. III, Sezione 3a n. 16, Osservazione*).

Ciò basta per chiamare gli scrittori francesi a parte della responsabilità attribuita per intiera agl'italiani.

Dibattutissima era siffatta quistione anche nel nostro antico foro. Il S. C. nel giudicarne soleva fermarsi a quattro circostanze per riputare i figli messi nella condizione dispositivamente chiamati. 1° Se il testatore era un ascendente. 2° Se i primi istituiti erano reciprocamente sostituiti. 3° Se si leggeva espressamente contemplata l'agnazione 4° Se vi era espressa proibizione di alienare. (*V. la Decisione 1a di Capecelatro*).

Il traduttore.

Digitized by Google

voluto, che io profittassi della dispesizione. Non petete oppormi una condizione, la di cui defieienza forma precisamente la base del mio dritto. La quale condizione nen mi può essere più nociva di qualunque altra condizione, che il capriccio del testatore gli avesse suggerito. Poco m' importa, che egli abbia detto, *se Sejo non è mio erede, o se una nace non arriva dall'Asia;* quel che importa per me si è, che l'avvenimento, dal quale dipendeva la mia istituzione, sia mancato. L'ostacolo, che io aveva a temere della vostra chiamata, è svenito, poichè il testatore è morto senza avervi chiamato. Dunque non ho più nulla da temere, dunque non potete trarre alcun vantaggio dalla vostra condizione, e tutte le presunzioni, che ne caverete, le distruggerò con presunzioni contrarie, che avranno maggior peso delle vostre. D'altronde spetta a voi di provare il vostro dritto, e siccome il mio risulta da una disposizione espressa, basterà dimostrare, che le vostre induzioni non sono concludenti (a).

298. Ma s' è vero di dire, che la condizioni non dispone ogni volta, che si è obbligato di ricorrere a delle congetture per fare risultare la disposizione, dall'altro lato nen si può fare a meno di convenire, esservi delle condizioni, che portano con loro delle disposizioni indirette, fatta astrazione da ogni soccorso di congetture e di presunzioni. Come per Sempronio: « Istituisco Sejo, se dà 100 scudi a Sempronio. » È chiaro, che la condizione contiene una disposizione indiretta a favere di Pomponio. Se volete stare allo stretto rigore dei termini, nen sarà nè un legato, nè una istituzione di erede, nè una donazione a causa di morte, ma sarà quel che i Romani chiamavano *mortis causa capio*, e di cui abbiamo più sopra parlato (1). Delle due cese l'una: o Sejo dichiarerà, che non vuole adempire la condizione, e la dispesizione sarà caduca; o vi adempierà, e Sempronio ritrarrà realmente un benefizio dalla disposizione, e questo beneficio risulterà per lui non da congetture, capricciosamente riunite, ma dalla sola energia delle parole della condizione.

299. Ora si domanda, se Sempronio potrà obbligare Sejo a non essere erede, che in quantochè avrà adempito alla condizione di pagargli i cento scudi, o in altri termini se potrà intentare un' azione contro dello stesso Sejo, dichiaratosi erede, per pagargli la detta somma.

Se Sejo trovando la condizione troppo onerosa dichiarasse non volervi adempire, e rinunziasse per conseguenza alla disposiziene, è chiaro, che Sempronio non avrebbe veruna azione per costringervelo, in quella guisa che non potrebbe obbligarlo ad essere erede: la disposizione, come l'abbiamo detto, sarebbe caduca. Però non è questo, che fa il punto della difficoltà, e la quistione da risolversi è di sapere, se Sejo avendo presa l'eredità, Sempronio può esigere da lui ed obbligarlo a pagargli i 100 scudi compresi nella condizione.

Non vi sarebbe dubbio a tal riguardo, se Sempronio invece di essere gratificato nella condizione, lo fosse stato in una disposizione modale, perciocchè la massima « Non videri videtur in conditione positus » non è applicabile al modo. Tutti i Giureconsulti si accordano in riconoscere, che il modo è dispositivo, che forma fedecommesso, e che la persona compresa nel modo, ha azione per farsi pagare. Il che viene testualmente deciso dalla legge 2, C., *De his quae sub modo leg.*, e dalla legge 3, C., *De donat, quae sub modo*, la qual' abrogal'antica giurisprudenza romana che standosi alla sottigliezza del dritto, non accordava azione al terzo, gratificato dal modo (2).

Ma nella nostra specie, ove si tratta non di un modo, ma di una condizione, molti autori, pensando, che l'essenza della condizione è di contenere *privatio puritatis*, decidono di non potere avere una forza dispositiva; che per conseguenza non essendovi una vera dispesizione a favore di Sempronio, questi non ha dritto di farsi pagare i 100 scudi. Così in generale vuole Furgole sul fondamento della legge 8, D.,

(a) Non potrebbe ancho dirsi, che nell'ordine della disposisione Sejo è preferito a Cajo, e che se il Testatore ha ritenuto como incerto, che Sejo fosse suo erede, è perchè ha prevedato il caso in cui non volesse o non potesse esserlo? Se l'essere erede dipendesse unicamente dalla volontà del testatore, il dubbio messo nella disposizione dovrebbe fare ritenere come non ancora deliberata la volontà di farlo, ma quando ad essere erede debbono concorrere le due volontà del testatore e dell'erede, e la capacità di quest'ultimo, qual dubbio non pare, che possa esser e certo argomento di un semplice progetto, che aveva il testatore, d'istituire Sejo erede, e che non ha realizzato. Può dirsi con pari e forse con maggiore ragione, che quando il testatore ha subordinata l'istituzione di Cajo al caso, in cui Sejo non sia erede, ha implicitamente manifestata l'istituzione di quest'ultimo, perciocchè Sejo non poteva essere erede, se non fosse stato istituito; ma poichè a fronte di tale istituzione Sejo avrebbe potuto non essere erede, in questo caso soltanto ha chiamato Cajo. La condizione espressa dal testatore supponeva necessariamente un fatto, che n' era il principio, dal quale era indivisibile, e che dipendeva dalla semplice volontà di esso testatore. Come dunque non supporlo, se era così coordinato alla condizione? Come separare due cose indivisibili? Nè basta il dire, che l' istituzione di Sejo sarebbe stato un fatto posteriore a quella disposizione, dapoichè se Cajo doveva essere erede, ove nol fosse Sejo, è evidente, che questo precedeva quello nell' ordine dell' istituzione. Oltrechè la semplice istituzione di Sejo fatta con un testamento posteriore, bastava per rivocare la precedente istituzione di Cajo, ed era perciò inutile, che il Testatore avesse anticipatamente manifestato un progetto, che realizzandolo, rivocava l'istituzione di Cajo. Bastava dunque istituire questo puramente e semplicemente, senza darsi la pena di esprimere sotto forma di condizione un progetto non deliberato, che doveva formare obietto di una nuova disposizione.

Il traduttore.

(1) N. 50. — Pothier, *Pand*, t. III, p. 44, n. 25.

(2) Pothier, *Oblig*, t. I, n. 71. Furgole, *Quist. sulle donaz.*, quest. 5, e *Test*, VII, 4, 64.

Si quis omissa causa testam. (1). Ma questa opinione basandosi su delle arguzie, non può essere ammessa sotto del Codice Napoleone.

E dapprima non si può ritrarre veruna solida obiezione dalla legge 8, D., *Si quis omissa causa test.* E in effetti ecco la specie di questa legge.

Avveniva spesso presso dei Romani, che l'erede istituito rinunziava al testamento in frode dei legatari per essere dispensato dal pagamento dei legati, e prendeva l'eredità come erede *ab intestato*. Il Pretore volendo tenere la mano all'esecuzione delle ultime volontà e prevenire delle frodi di questo genere, fece un editto, per lo quale decise, che nel caso di una fraudolenta ripudiazione del testamento, colui, che si dichiarasse crede, *ab intestato*, non sarebbe discaricato dal pagamento dei legati e dei fedecommessi, e che i legatari ed i fedecommessari avrebbero una azione chiamata *legatorum* per astringervelo. In questo stato di cose Ulpiano tratta la seguente quistione. Un individuo è stato istituito erede sotto la condizione sospensiva di dare 100 franchi a Tizio, rinunzia al testamento per prendere l'eredità *ab intestato*. Dovrà accordarsi l'azione *legatorum* a Tizio, in di cui favore è stata apposta la condizione? Affatto, dice il Giureconsulto, perchè egli non è legatario: *Et magis est, ne ei subveniatur, neque enim legatarius est.* E veramente non lo è, giusta la classificazione del dritto romano, poichè tiene solamente a suo favore, una *mortis causa capio*.

In questa situazione la decisione di Ulpiano era la sola, che potesse essere renduta. Imperciocchè il soccorso dell'editto non era stato introdotto, che in favore dei legatari, in di cui frode l'erede abbandonava il testamento per ricomparire dopo come erede *ab intestato*. Era questa una pena contro dell'erede, la qual'era stata introdotta soltanto in considerazione di una certa classe di persone, e non poteva essere senza arbitrio estesa ad altre. Ora nel caso deciso da Ulpiano non era un legatario, che contendeva, ma un individuo, che aveva dritto soltanto a quel, che chiamasi *mortis causa capio*. Vale a dire era un individuo relativamente al quale l'erede istituito non aveva commesso veruna frode, perciocchè questo erede essendo stato chiamato sotto la condizione di dare 100 franchi a Tizio, era essenzialmente libero di rinunziare a questa condizione, e per conseguenza alla instituzione.

Rinunziando, non controveniva alla volontà del defunto, perchè non era stato incaricato puramente e semplicemente di dare 100 franchi a Tizio, ma ne era stato incaricato, se giudicava a proposito di dichiararsi erede, ed in questa alternativa era il padrone di agire come meglio stimava. Epperò due taglienti ragioni si opponevano, perchè avesse Tizio l'azione *legatorum*; non aveva per lui la volontà pura e semplice del defunto; inoltre non erasi adoprata frode riguardo a lui. Epperò non vi era il dritto formolato, e per conseguenza non vi era azione da intentare: *Actus conditionalis, defecta conditione, nihil est.*

Dopo di questa spiegazione non vediamo facilmente l'analogia, che la specie di questa legge può avere con la nostra quistione, dapoichè non abbiamo da occuparci di un erede, che rinunzia alla disposizione, e che per conseguenza non si può astringere all'adempimento della condizione.

Si tratta al contrario di un erede, che ha accettato la disposizione, ma che è in mora, e r cusa di soddisfare alla condizione. L'immensa differenza di questi due casi ben prova, che la legge 8, che abbiamo analizzata, non regge ne l'uno nè l'altro.

Allontanata questa prima obiezione, diremo, che ricusare al terzo compreso nella condizione l'azione necessaria per farsi dare ciò, che questa condizione gli attribuisce, è andare contra l'equità e la volontà del disponente. Quando gl'Imperatori riformando l'antica giurisprudenza, diedero un'utile azione al terzo gratificato in un peso, si fondarono sulla volontà presunta del donante: *juxta donatoris voluntatem* (2). Perchè questa benigna interpretazione non sarebbe ammessa, quando si tratta d'una condizione? La volontà del defunte è positiva; egli ha manifestata l'intenzione, che Sempronio avesse i 100 scudi nel caso che Sejo volesse essere erede: dunque l'intenzione del testatore deve produrre il suo effetto, e l'equità vuole, che Sempronio, che ha un interesse pecuniario all'adempimento della condizione, abbia un'azione per farla adempire.

Furgole (3) dice, che la condizione dispone anche meno nei contratti, in cui tutto è di rigore, ed in regola generale non ha torto. Ma qui l'obiezione si ritorce contra di lui, perocchè troviamo nel Codice Napoleone l'articolo 1121 (a), che decide, che la condizione di dare ad un terzo, apposta ad un contratto o ad una donazione, produce in favore di questo terzo un dritto irrevocabile, quando ha dichiarato di volerne profittare. Dunque la condizione ha in questo caso particolare una virtù dispositiva; dunque dà un dritto, e per conseguenza un'azione; dunque, impadronendoci dell'argomento di Furgole per rimandarglielo, diremo: se la condizione di donare ad un terzo dispone in favore di questo terzo nei contratti e nelle donazioni, ove tutto è di rigore, ne sie-

(1) *Test*, VII, 4, 64.

(3) VII, 4, 73. — Arg della legge 30, D., *De pactis dotalibus*.

(2) L 3, C., *De donat. quae sub modo.*

(a) Art. 1075 delle Leggi civili.

Il traduttore.

gue, che a più forte ragione deve avere questa energia nelle disposizioni testamentarie, che ricevono più ordinariamente una larga interpretazione.

300. Riassumendo questa discussione, la massima « *non vocari videtur qui in conditio* » *ne positus est*, » è applicabile al caso, in cui la condizione non può produrre disposizione, che sull'appoggio di congetture e di supposizioni, che le buone dottrine respingono; come per esempio: « Se Tizio non è mio erede, voglio, che Sejo lo sia. » Tizio non è istituito, e la condizione non produce alcuna forza dispositiva per rispetto a lui. Ma se la condizione porta con se l'obbligazione di fare o di dare, essa dispone, ed il terzo che vi è compreso, ha azione per ottenere il pagamento di ciò, che nella condizione è mentovato. Crediamo, che questa opinione, spogliata da tutte le antiche arguzie, è la sola compatibile con la semplicità del nostro dritto attuale.

301. È tempo ora di occuparci dell'adempimento delle condizioni.

La prima regola data dagli autori per l'adempimento delle condizioni, è di conformarsi alla volontà del testatore, e di adempire questa volontà, come l'ha intesa. *Voluntas testatoris* dice Mantica, *totum facit*. Questa regola deriva dalla legge 19, D., *De cond. et demonst* (1) *In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones* (2).

Di là due importanti corollarj, cioè dapprima, che la condizione dev'essere adempita nella maniera specificata del testatore; *in forma specifica* giusta l'espressione dei Giureconsulti (3); dappoi che dev'essere rigorosamente adempita nel tempo prefisso (4).

Stabiliti questi principi, tentiamo di farne l'applicazione.

302. L'imperfezione delle lingue e l'inattenzione dei redattori degli atti fanno, che sovente avviene, che il pensiero del disponente è mal tradotto per le espressioni, di cui è rivestito. Se si restasse al rigore delle parole, si distornerebbe allora dal suo vero scopo la volontà del donatore o del testatore, e per la lettera se ne distruggerebbe lo spirito. Il che ha fatto decidere da tutti i Giureconsulti, che s'è vero di dire, che le condizioni debbono essere eseguite *in forma specifica*, bisogna nonpertanto eccettuarne il caso, in cui apparisse una volontà contraria da parte del disponente; giacchè sempre la conseguenza della regola data qui sopra, « *in conditionibus primum* « *locum obtinet voluntas defuncti, eaque re-* » *git conditiones* »; regola eretta in legge dall'art. 1175 del Codice Napoleone (a). La volontà non deve essere schiava delle forme inesatte della locuzione (5).

Dunque in tesi generale, come le parole sono le interpreti del pensiero dell'uomo, bisogna starsi alle parole, quando non presentano veruna ambiguità, ed eseguire la condizione *in forma specifica*. Ma se apparisse, che la volontà del defunto è male espressa dalle parole adoperate, o che questa volontà non ha precisamente richiesto di conformarsi in una maniera rigorosa al modo di adempimento indicato, niente vieta di non potersi usare degli equipollenti (6). Papiniano ha parlato da Giureconsulto e non da formalista quando ha detto: *In conditionibus testatoris voluntatem potius quam verba considerari oportet* (7).

303. Per esempio un fondo è legato a qualcuno a condizione, che darà 100 franchi ad un minore o ad un furioso. Il legatario invece di dare a questo minore o a questo furioso dà al tutore o al curatore legalmente costituito. Non si potrà dire di avere violata la condizione, tuttochè abbia dato ad una persona diversa da quella menzionata nella disposizione. Dapoichè, dice Marcello « *sciendum est in omnibus* « *istis casibus, tutori quidem vel curatori u-* « *tiliter dependi* » (8). E siccome il minore ed il furioso non sono persone capaci di ricevere un pagamento, si deciderebbe invece, non avere il legatario adempita la condizione col pagare a questo minore o a questo furioso senza l'intervento delle persone incaricate di sorvegliare i loro interessi, imperciocchè è da credere, che il testatore ha voluto, che venisse loro donato in una maniera utile, e la sua intenzione non sarebbe adempita, se la sua liberalità si affidasse a delle mani presunte dissipatrici. Tal'è la decisione anche della legge.

304. Ma se fosse chiaro, che la volontà del testatore sia di darsi la somma a questo minore solo, a lui solo dovrebbe essere data, e non si adempierebbe la condizione col darla al suo tutore, perocchè ciò sarebbe contrario alla volontà del defunto, che ha potuto disporre della cosa sua secondo il proprio arbitrio. Che importa, che il testatore abbia detto. « Vi dono » a condizione, che darete a questo minore » solo » ovvero sotto la condizione di andare a Parigi? « *Quid enim interest*, dice Giavoleno, *utrum tali personae dare jubeatur*, » *an aliquo loco ponere vel in mare deji-* « *cere? neque enim illud quod ad talem per-* « *sonam perventurum est, testamenti nomi-* « *ne, sed mortis causa capitur* (9). » Il testatore ha potuto avere una giusta ragione,

(1) XI, 16, 3. — Aggiungi Furgole, VII, 5, 3.
(2) Art. 1175, C. Napoleone.
(3) Mantica, XI, 16, 4. — Furgole, VII, 5, 7.
(4) L. 41, § 12, D., *De fideic. libert.*
(a) A quest'art. corrisponde l'art. 1128 delle LL. CC.
(5) Mantica, XI, 16, 3. *Il Trad.*
(6) Furgole, VII, 5, 8 e 58.
(7) L. 101, D., *De cond. et demonst.* (l. 8, Resp.).
(8) L. 68, D., *De solut. et lib.* Pothier, *Pand*, t. II, p. 480, n. 152.
(9) L. 55, D., *De cond. et demonstr.* Ricard, *Disp. cond*, n. 375.

Digitized by Google

perchè questa somma di uno franchi venisse data sia al minore sia all'insensato. Forse era questo un mezzo di calmare i furori di questo ultimo. D'onde questa regola del Cardinale Mantica: « *Conditio debet impleri in eo (homine), quem testator expressit, etiamsi is non possit capere ex testamento* (1). Nondimeno diciamo, che questa volontà non si suppone, e che inoltre non dee essere seguita, che in quanto non ne risulta del pericolo per lo minore e l'interdetto.

305. Del resto si può vedere nel Digesto un gran numero di casi, nei quali secondo la volontà presunta del defunto, la condizione si trova adempita per equipollenti. Ci basterà di citare la legge 15. D., *Quando dies legat. ced.* L. 11. §. 11, D. *De leg.* 3.° L. 22. D. Ad S. C. Trebell. L. 50. §. 1. del d.° tit. L. 10. C. *De impub et aliis subst.* (2).

306. Il principio, che abbiamo stabilito, si applica pure alle condizioni casuali, benchè sia raro, che possano adempirsi per equipollenti (3). A tal proposito si è molto agitata la quistione, se la condizione casuale della morte di qualcuno si adempie con la morte civile come con la morte naturale, in una parola, se la morte civile è un equipollente della morte naturale per l'adempimento delle condizioni (4). Si può vedere in Ricard (5) ed in Furgole(6)delle dissertazioni,con le quali i due autori decidono, che la morte civile non è un equipollente della morte naturale, per l'adempimento della condizione. E si fondano 1.° sulla regola generale, che in materia di condizioni non si debbono ammettere degli equipollenti: 2.° su che la legge 48. §. 1. D. *De jure fisci* lo decide formalmente, come la legge 78 §. 4. D. *De leg.* 2.°; 3.° su che le leggi 59. D. *De cond. et demonst.*, 13. D. *De donat. inter vir et uxor.*, e 17. §. *si quis*, D. *Ad S. C. Trebell.* ed altre. sulle quali si fondano i Giureconsulti di contrario parere per sostenere l'equipollenza, e nelle quali si vede in effetti la morte civile assimilata alla morte naturale, sono unicamente relative ai casi, in cui la condanna rendeva schiavo della pena, imperocchè in questi casi bisognava ben fare l'applicazione del principio « *servitutem mortalitati fere comparamus.* » Ma Giustiniano avendo abolita la schiavitù della pena, che toglieva la libertà naturale (7), anche i condannati a delle pene, che importavano la morte civile, conservavano la loro libertà naturale, ed in verun caso dopo la sua novella la morte civile può essere equipollente della morte naturale. Questi due autori aggiungono pure, che questa equipollenza sarebbe tanto più ingiusta tra noi, in quantochè la grazia del sovrano può rilevare dalla pena e farne cessare gli effetti.

Richer (8) è nondimeno di un contrario avviso. L'ordinanza del 1747 sulle sostituzioni portava pure (9), che la morte civile apriva il fedecommesso come la morte naturale, ma questa decisione non deve applicarsi, che alle sole sostituzioni e per niente agli altri casi, nei quali si trova la condizione della morte di una persona.

In quanto a noi pensiamo, che in tesi generali la morte civile non è equipollente della morte naturale nell'adempimento delle condizioni, ma che vi sono non pertanto delle circostanze, nelle quali questa equipollenza si può fare risultare dall'intenzione presunta del testatore. È uno di quei casi, nei quali la parola si spiega per mezzo della volontà piuttosto che la volontà per la parola. Per esempio vi prometto di pagarvi una somma in morte di una persona, della quale sono erede presuntivo; la condizione è adempita con la sua morte civile, perocchè si presume, che la condizione aveva per oggetto la speranza di un più esteso patrimonio nel momento, in cui sarei obbligato di adempiere alla mia obbligazione. Ma se prometto di pagarvi in morte di una persona, dalla quale non attendo nulla, bisognerà aspettare la sua morte naturale, perciocchè in questo caso nessuna presunzione può far ammettere l'equipollenza (10).

307. Ma la quistione dell'equipollenza si presenta soprattutto frequentemente nelle condizioni potestative.

Per esempio è necessario, che la condizione potestativa sia adempita da colui, cui è imposta, ovvero può questi farla adempire da un altro, il che è un equipollente nel modo di esecuzione?

Cajacio fa a tal proposito una importante distinzione. O si tratta di un fatto, che non lascia dopo di lui veruna opera, e che esiste solamente mentre ne' è occupato, come di salire al Campidoglio; in questo caso la condizione dev' essere adempita dal legatario solo. O si tratta di un fatto, che lascia dopo di lui un'opera, come di pagare una somma, di costruire un edifizio, allora l'opera sola è l'obietto della condizione, e non si considera la persona, che deve farla, a menochè il testatore non abbia avuto in mira il talento del legatario (11). « *Si id agitur ut detur*, dice Cujacio, *vel ut domus aedificetur*, *non tam*

(1) XI, 17, 28.
(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 478, n.i 91 e 92.
(3) Furgole, VII, 5, 8.
(4) La quistione non può più ora elevarsi per la legge de' 31 maggio 1854, che ha abolito la morte civile.
(5) *Disp. cond.*, n.i 329 a 373.
(6) VII, 5, 59 e seguenti.
(7) Novella 22, cap. 8.
(8) *Morte civile.*
(9) Tit. 1, art 24.
(10) Toullier, t. VI, n. 617.
(11) L. 39, § ult, D, *De statulib.*, L unic., *Ne autem*, C., *De caduc. tollendis.*

Digitized by Google

personam dantis vel facientis spectat, quam opus, quod ex eo remanet, itoque nihil refert a quo detur vel fiot (1).

308. Esamiaando la qnistione sotto di un altro aspetto, si può fare quest' altra distiazione, che conduce allo stesso risaltamento: o la condizione consiste ael dare, o consiste nel fare. Se la condizione consiste ael dare, è indifferente, che dia il legatario o qualunque altra persona. Se consiste ael fare, allora il legatario deve fare egli stesso; se nol può, basta, che faccia fare, e che vi adopri le sue cure (2). Del resto vi è molta varietà in queste sorti di quistioai, comechè dipeadono dalla volontà del testatore ragionevolmente intesa, dalle circostanze, dalla aatura delle opere ecc. (3).

309. Per conseguenza del principio, cho la condizione deve essere adempita *in forma specifica*, aoa può essere adempita ia una persona diversa da qnella iadicata dal testamento. La legge 94 *Dig.*, *De condit. et demonst.* dice formalmeate: « *Quum ita datur libertas, si Titio decem dederit, certa persona demonstratur; ac propterea in personam ejus tantum conditio impleri potest* (4). »

Nondimeao abbiamo vedato più sopra uaa eccezione foadata sulla volontà dal testatore, ed è quaado si tratta di dare ad na minore o ad un furioso. Si presume, che il testatore ha voluto, che venisse loro dato in un modo utile, e non si adempia la condizione, che col dare al tutore o al curatore, a meaochè, come abbiamo detto (5), il testatore non avesse manifestata la volontà formale, che fosse precisamente dato a questo miaore o a questo furioso.

310. Qui si presenta una quistioae molto controvertita tra gli antichi giureconsulti.

Negli atti vivi e nei testamenti può adempirsi la coadizione di dara in persona dell'erede di colui, che è stato desiguato per l' adempimento?

Per quanto concerne i testamenti è certo, che la condizione deve essere adempita aella persona di colui, che è designata aella disposizione e aon nella persoaa del di tui erede. Per esempio v' instituisco mio erede, se date 100 franchi a Sejo. Se Sejo muore, primachè aon avete adempita la condizione, noa vi si ammatterà a dare i 100 franchi al di lui erede(6). E la ragione si è, che nei testameati le liberalità si presumono sempro fatte alla persona gratificata, e mai in considerazioae dei suoi credi. Sejo, che è messo nella coadizione, aon può essere meglio trattato, che se fosse legatario; or se fosse legatario e fosse morto prima dello adempimento della condizione, non avrebbe trasmesso aulla ai suoi eredi, ed il legato sarebbe divenuto caduco (7); dunque, ed a più forte ragione, è lo stesso nel caso di *mortis causa capio*, che è molto meno favorevole; dunque gli credi di Sejo sono carenti di dritto, e non si può adempiere la coadizioae nella loro persona (8).

Però è vero il dire, che si trovano nal Digesto molti testi, nei quali si vede, che la condizioae di dare può essere validamente adempita aella persona degli eredi di colui, che è designato nel testamento. E sono le leggi 51, § 1, e 94, § 1. D., *De condit. et demonst.*, 20, § 4, D., *De statulib.*, 15 del medesimo titolo, ed una folla di altre che sono riuaite e coordinate aelle pandette di Pothier (9).

L' imbarazzo di conciliare queste diverse leggi coa la legge 94, *De condit. et demonst.*, che decide, che se la persnna designata muore primachè il legatario gli abbia dato, la condizioae è mancata, ha fatto sorgere vari pareri tra i giureconsulti Mornac, che io cito solamente, perchè altri l' hanno citato, dapoichè non ae fo grande stima, vuole, che si possa adempiera la cond zioaa, dando all' erede della porsona designata, e giunge siao a dire, il che è di noa palpabile falsità, che tal facoltà è sottintesa (10). Furgole (11) tenta di mettere di accordo i differenti testi opposti per mezzo di questa distinzione, insegnata d' altroade da ua gran numero di dottori, e specialmente dal cardinale Mantica(12): o la persona, cni si deve dare, è designata col suo proprio nome, o aoa lo è; s' è designata col suo proprio nome, come aella legge 94, la condizione è ristretta in questa medesima persona, e non può essere adempita nella persona dei suoi eredi. Ma se non è designata pel suo proprio nome, s'è detto senza speciale designazione; « Voi darete al mio erede », aiente vieta, che noa si possa adempire nella persona dell' erede, giacchè allora è piuttosto oggetto della condizione la qualità, che la persona.

Codesta distinzione è ingegnosa, e può non essere nella pratica senza importanza. Nondimeno Pothier pare non farne alcun coato, e teuendosi alla legge 94, come costituente la regola generale, insegna, essere la condizioae di daro puramente persoaale, e le decisioni contenute nelle leggi contrarie essere state readute in favore dei legati di libertà(13). Certameate la legge 94 pone una regola, che è

(1) Sulla l. 57, D, *De verb. oblig.*—Aggiungi Ricard, *Disp. cond.*, 376. Furgole, VII, 5, 12 e 13.
(2) Furgole, VII, 5, 21 e 22.
(3) L. 14, § 1, D., *De manum. test.*
(4) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 479, o. 145.
(5) N. 304.
(6) L. 94, D., *De cond. et demonst.*
(7) Sopra n. 285. Art. 1040, C.Nap. (995 Leg.Civ.)
(8) Pothier, *Oblig.*, n. 208. Furgole, VII, 5, 35.
(9) Tom. II, p. 480, ni 153 e seguenti.
(10) Sulla legge 23, D., *De pactis dotalib.*
(11) VII, 5, 37.
(12) XI, 17, 25.
(13) *Pand.*, t. II, p. 479, n. 145 e p. 480 o 482, ai 1.2 e 153.

Digitized by Google

dominante nella più parte dei casi, e Pothier ha molta ragione di riferirsi gli esempi dati nel Digesto. Però non è men vero, che al di sopra di questa regola vi è la volontà sovrana del testatore, ed i fatti provano sovente, non aver voluto tenere il testatore una locuzione ristrettiva (1). Perlochè il Giudice farà saviamente a non obliare la distinzione di Mantica e di Furgole.

311. Quanto agli atti tra vivi, siccome si presume sempre di stipulare per sè e pei suoi eredi o aventi causa, la condizione potestativa può essere adempita nella persona degli eredi o aventi causa di colui, a cui favore è stabilita, a menochè non si tratti di un fatto legato per la sua natura alla persona designata, per esempio di sposare Mevia, o di dare 10 mila franchi a Cajo pei suoi studi (2).

312. Bisogna ora esaminare, se la condizione può essere validamente adempita dagli eredi di colui, cui è imposta.

Dopo quello, che abbiamo detto nel n.°285 ci sarà facile di risolvere questa quistione. È certo, che quando la condizione non è adempita vivente il legatorio, il legato è caduco (1040 Codice Napoleone (a)). Dunque l'erede del legatario non può adempiere questa condizione, perchè se l'adempisse, l'adempirebbe inutilmente, non essendovi più disposizione secondo il principio, « *Conditio semel defecta non restauratur* (3) ».

Ma questa decisione non si applica, che alle disposizioni di ultima volontà, come lo abbiamo detto nello stesso numero 285. Nei contratti la condizione può essere validamente adempita dall'erede di colui, che ne è gravato; ed in effetti *qui paciscitur sibi, eredique suo paciscitur.*

Cino, Bartolo e tutti gli antichi dottori facevano eccezione a questo principio per le condizioni potestative, e sostenevano, non potersi più queste condizioni validamente adempire dopo la morte del gravato. Ma questo errore, troppo lungo tempo seguito nelle scuole, è perfettamente confutato in una dotta dissertazione di Covarruvio (4). L'opinione di questo ultimo autore è adottata da Pothier (5), ed eretta in legge dall'art. 1179 (b), che non facendo distinzione tra le condizioni potestative e le casuali, rigetta per conseguenza quella, che l'immaginazione degli antichi dottori aveva fatto introdurre.

Nondimeno se il fatto messo nella condizione fosse puramente personale, come di sposare Mevia, o che non fosse stato imposto, che avuto riguardo all'industria dell'obbligato, come di fare un quadro, è chiaro, che non passerebbe agli eredi (6).

313. Se la condizione è imposta ad un minore od una donna maritata, e se consiste nel fare o nel dare qualche cosa, la condizione si trova bene e debitamente adempita, benchè il minore e la donna maritata abbiano agito senza autorizzazione. « *Item servus vel filius familias sine jussu patris vel domini conditionem implere possunt, quia eo facto nemo fraudatur* » dice il Giureconsulto Paolo nella legge 5. § 1. D. *De cond. et demonst.* Ed in effetti questa esecuzione dipende da una rispettosa obbedienza alla volontà del defunto, e non può avere delle conseguenze disastrose, perocchè se da un lato la condizione impone un peso, dall'altro la disposizione contiene un emolumento che n'è l'indennizzamento (7). Il che fa dire a Furgole, che la necessità di adempiere una condizione rende talvolta permesso ciò, che senza di essa nol sarebbe (8).

314. Bisogna ora occuparsi del tempo per l'adempimento delle condizioni, il qual articolo ha una grande importanza.

E primieramente si debbono distinguere due casi: o la condizione contiene il termine prefisso pel suo adempimento, o il termine non è fissato.

Se il termine è prefisso, il decorrimento è fatale al legatario; e Scevola decide così pel più favorevole dei legati, vale a dire pel legato di libertà (9). D'onde questo adagio: « *Conditio semel defecta, non restauratur.* »

Ne segue, che indarno si adempierebbe la condizione, se il termine fosse spirato, perciocchè la disposizione essendo di pieno dritto annullata, nulla potrebbe farla rivivere. Il che viene espresso da Cujacio con una energia ed una concisione degne di Papiniano. « *Defecta semel conditio, impleretur frustra, nec enim solent resumi conditiones* (10). »

La legge 40. §. 7. D. *De statulib.* nonpertanto propone un caso, in cui secondo le circostanze e la volontà del testatore sembra, che il termine non sia fatale, ed è quello, in cui un individuo nel fare il suo testamento, fa un legato a Tizio, se rende i suoi conti fra tre mesi all'erede istituito, ed in cui risulta dalle circostanze, questo termine essere stato imposto non già per obbligare Tizio a non sorpassare il termine prescritto, ma per impedire, che l'erede istituito non potesse con le sue procrasti-

(1) Toullier, t. VI, n. 594 in fine, è del parere di Pothier. Aggiungi Ricard, *Disp. cond.*, n. 380.
(2) Furgole, VII, 5, 32. Toullier, t. VI, n. 595.
(a) Art. 995 Leggi civili.
Il traduttore.
(3) L. 59, D., *De cond. et demonst.* Voet, 28, 7, 24. Mantica, XI, 17, 10.
(4) *Quaest. pract.* n. 39.
(5) *Oblig.*, t. I, n. 208.

(b) Art. 1132 delle Leggi civili.
Il traduttore.
(6) Pothier, *luog. cit.*, Furgole, VII, 5, 32 e 33.
(7) Ricard, *Disp. cond.*, n. 373. Furgole, VII, 5, 10. Toullier, t. VI, n. 596.
(8) *Luog. cit.*
(9) L. 41, § 12, D., *De fideic. lib.*
(10) L. 3, *observat.* 11.

Digitized by Google

nazioni ritardare la liberazione del legatario(1): si sa, che non potrebbesi allora punire il legatario di avere prolungato un termine introdotto in suo favore. Ma i casi di tal genere sono i meno frequenti.

315. Se la condizione fosse potestativa, e che non dipendesse dall'erede o dal legatario di adempirvi nel termine voluto, non si dovrebbe far entrare nella computazione del termine il tempo, per lo quale è durato l'impedimento di forza maggiore. « *Quibus diebus vicinus tuus* « *te via publica, quam ad parendum condi-* « *tioni ire velles, ire prohibuerit, nec per te* « *staret quominus agendo ob calumnias cum* « *summoveas, hi dies conditioni non impu-* « *tabuntur.* » È questa la decisione di Giavoleno nella legge 40, D., *De cond. et demonst.* (2)

316. *Quid* se la condizione essendo potestativa o mista, e consistendo nel dare o nel fare, l'erede o il legatario non vi soddisfacesse nel termine prescritto, perchè ha ignorato tale condizione?

Per esempio Tizio istituisce Sempronio suo erede, se nei trenta giorni successivi alla sua morte gli fa celebrare un servizio funebre. Il testamento di Tizio viene scoperto cinquanta giorni dopo della sua morte, e solamente allora Sempronio conosce la sua istituzione e la condizione, dalla quale dipende. Gli si potrà forse obiettare, che essendo decorsi i trenta giorni, la sua istituzione è divenuta caduca? Affatto (3). Sempronio troverà nella sua ignoranza una giusta difesa; la mancanza di adempimento non gli potrà essere imputata, e verrà ammesso ad adempiere la condizione anche posteriormente (4). E noi siamo in ciò semplicemente l'eco di Ulpiano nella legge 3, § 31, D., *De senatusc. Silaniano.* « *Si con-* « *ditioni intra diem ex mortis die praestitu-* « *tum parere jussi, ignorantia non paruе-* « *runt, si idcirco ignoratum est, quia metu* « *S. C. aperiri tabulae non potuerunt, suc-* « *curritur eis ad implendam conditionem.* »

317. Bisogna qui osservare, che a meno di un atto o di una circostanza formale, d'onde s' inducesse la pruova di avere l'erede o il legatario conosciuto il testamento si dovrebbe ammettere con facilità la presunzione, che non ne avevano conoscenza, perciocchè l'ignoranza del fatto altrui è sempre presunta. Questa regola ricavata dalla legge 42, D., *De regul. jur*, è professata da tutti gli autori congetturali, e particolarmente da Mantica (5). *Alieni facti probabilis est ignorantia*, egli dice giusta la legge citata, e giusta altri Giureconsulti, sulla cui autorità si fonda.

Epperò colui, che pretendesse giovarsi della non esecuzione della condizione, dovrebbe provare, che l'erede istituito o il legatario conosceva il testamento ed il peso imposto. L'erede o il legatario, allegando la loro ignoranza in circostanze. che la rendono ammessibile, eccepirebbero una scusa probabile, che ha per essa la presunzione, la quale fa ricadere sull'avversario la pruova del contrario.

318. Tutto quello, che abbiamo detto, è applicabile solo al testamento, dapoichè relativamente ai contratti la sola scusa ammessibile pel caso di non adempimento nel termine prefisso, è quando il debitore obbligato sotto condizione ha impedito l'adempimento di questa condizione (1178): « *In omnibus causis pro* « *facto accipitur id, in quo per alium mora* « *sit, quominus fiat* (6). » Allora non si può far colpa a colui, che aveva il peso di adempire la condizione. Ma indarno pretenderebbe di scusarsi sulla forza maggiore o ogni altro impedimento di questo genere, perciocchè non sarebbe inteso per la ragione, che nei contratti, ove le clausole s'interpretano *strictius*, si presume di essersi preso in considerazione i casi fortuiti o di forza maggiore, ed essere stati di accordo, che la sola buona volontà non basterebbe (7).

319. Se la disposizione di ultima volontà non contiene un termine prefisso, bisogna distinguere, come ha fatto il Giureconsulto Paolo, tra la condizione potestativa, che i Romani chiamavano *promiscue*, e quelle, che non lo sono.

Se la condizione è potestativa, non può adempiersi validamente ed utilmente, che dopo la morte del testatore. Se non è potestativa, nulla vieta, che sia adempita anche in vita del testatore. Esempio. « Dono 100 franchi a Tizio, se ascende il Campidoglio. « Inutilmente Tizio sarebbe salito al Campidoglio prima della morte del testatore, dapoichè il legato non gli sarebbe dovuto, che in quantochè vi salisse ancora dopo la morte di quest' ultimo. Il testamento riguarda il tempo della morte, e per conseguenza il testatore ha voluto, che solo dopo la sua morte la condizione sarebbe adempita.

320. Ma se il Testatore avesse detto: « Dono centomila sesterzi a Tizio, se è fatto Console, o se sposa Mevia », la condizione sarebbe validamente adempita, quando anche il legatario avesse ricevuto gli onori del Con-

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 471, n. 107.
(2) Furgole, VII, 5, 39. Pothier, *Pand.*, t. II, pag. 470, n. 106.
(3) « Plane si ex justa ignorantiae causa conditio in« tra id tempus impleta non sit, haeredi aut legatario « ex capite justi erroris succurri debet. » (Voët, *De condit. inst*, n. 27 in fine).
(4) Furgole, VII. 5, 39.
(5) *De conject. ult vol.*, 12, 12, 2.
(6) L. 39, D., *De regulis juris*.
(7) Pothier, *Oblig.*, n. 213.

Digitized by Google

soluto o avesse sposata Mevia prima della morte del disponente (1).

Diremo or ora, perchè tal differenza tra questo caso ed il precedente. Rimarchiamo prima di tutto, che la condizione non sarebbe adempita, che in quantochè il testatore avesse ignorato nel momento della confezione del testamento, che il fatto condizionale erasi verificato. Perciocchè se ne avesse avuto conoscenza, e che il fatto fosse di tal natura da essere reiterato, siccome la condizione riguarda un avvenimento futuro, si dovrebbe supporre, che il testatore non ha inteso parlare del fatto accaduto, ma di un fatto simile, che dovrà accadere una seconda volta nell'avvenire (2).

Che se poi il fatto non potesse reiterarsi, per esempio, se sposa Mevia, la condizione non essendo più *de futuro*, sarebbe una condizione *de praeterito*, che non rende il legato condizionale (3).

Ulpiano dà la ragione della differenza, che abbiamo rilevata tra le condizioni potestative e quelle, che non lo sono (4).

Nella condizione mista o casuale, dice questo Giureconsulto, il disponente non ha in veduta, che il solo avveramento del fatto messo nella condizione; poco importa per qual modo avvenga, e che l'azzardo o altra cagione vi dia luogo; purchè il fatto arrivi, l'intenzione del testatore è adempita. Ma quando la condizione è potestativa, e che consiste in un fatto dipendente dalla facoltà del legatario, il disponente ha guardato meno la realizzazione del fatto, che l'obbedienza, la sommessione, e la buona volontà del legatario nell'adempirvi. Epperò non basta, che il fatto arrivi, ma bisogna pure che il legatario l'adempisca con cognizione di causa, e tale cognizione di causa non può averla, che in quanto la morte del testatore ha dato luogo all'apertura del testamento. Se vi adempisse unicamente per azzardo, non si presumerebbe di aver obbedito al testatore: « Nam si fato fecerit, non videtur « obtemperasse voluntati » (5).

321. Abbiamo esaminato, se le condizioni possono, o no validamente adempirsi in vita del testatore. Vediamo ora in qual termine debbono adempirsi dopo la morte del testatore, quando non hanno un termine prefisso. E qui è d'uopo pure di distinguere tra le condizioni potestative e le condizioni miste o casuali.

Se la condizione è potestativa, il legatario deve adempirla subitochè lo può: « *Quam primum poterit* (6). » Però è questo un semplice consiglio, ch'è nello interesse dello stesso legatario, dapoichè se morisse prima di avere adempita la condizione, il legato non si trasmetterebbe ai suoi eredi. A dir vero il gravato di condizione ha trent'anni per adempirvi, quando non vi ha termine determinato, e solo questo elasso di tempo può estinguere il suo dritto mercè la prescrizione.

322. Tuttavia se la condizione fosse di un fatto, all'adempimento del quale un terzo avesse interesse, è costante, che a richiesta di questo terzo il Giudice potrebbe impartire un termine per adempiere la condizione, in mancanza di che il legatario sarebbe decaduto (7).

Basterebbe pure, che l'erede del testatore avesse un interesse reale, onde la condizione fosse adempita, affinchè il Giudice assegnasse al legatario un ragionevole termine per obbedire a questa condizione. Tizio lega 50 mila fr. al Vescovo di S. Die, se introduce un tal cambiamento nel suo piccolo seminario. L'erede può avere un doppio interesse all'adempimento della condizione: 1.° per non rimanere indefinitamente depositario di questa somma di 50 mila franchi, e conoscere su di che deve contare nella sua liquidazione; 2.° come parte di un pubblico interessato all'adempimento della condizione. Per lo che avrà un'azione giudiziaria, ed il Giudice dovrà accogliere la sua domanda con tutti i dovuti riguardi per la dignità episcopale.

323. Se la condizione è casuale o mista, basta, che si verifichi in vita di colui, che è chiamato a profittare della disposizione. Non si può interpellare il legatario ad adempirla, perchè, come dice la legge 91, D., *De condit. et demonst.* « *infinitum tempus habet.* » Il testatore col non fissare un termine fa presumere di non aver avuto in veduta, che l'adempimento di un fatto, in qualsivoglia tempo avvenga, invece che nelle condizioni potestative, nelle quali il fatto è *in promiscua facultate legatarj*, deve egli mostrare la sua obbedienza ad adempirla il più presto possibile. Supponiamo dunque, che un legato sia stato fatto, a Tizio, se si marita, poichè il testatore non ha fissato un termine, Tizio non sarà astretto a maritarsi in un tale elasso di tempo, ma ha un tempo indefinito per adempire la condizione (8).

324. Quando la condizione è messa in un contratto, e che non contiene termine, può essere adempita in qualsivoglia tempo, e non si

(1) L. 11, § 1, L. 10; L. 36, D., *De cond et demonst*; L. 18, D., *De manum. test.*; L. 7, C. *De instit. et substit.* Voet, 28, 7, 26. Ricard, *Disp. cond.*, 443 e 444. Furgole, VII, 5, 46.

(2) Sopra n. 210.

(3) Cujacio, 17, *obs.* 22. Voet, 28, 7, 28. Sopra, ni 208, 231 e 232.

(4) L. 2, D., *De cond. et demonstr.*

(5) Voet, 28, 2, 6 *in fine*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 471, n. 109.

(6) L. 29, D., *De cond. et demonstr. Quantocius*, dice Voet, lib. 28, t. VII, n. 27. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 471, n. 110.

(7) L. 23, § 1, D., *De haered instit* Voet, *ad Pand.*, 28, 7, 27. Furgole, VII, 5, 51, 52 e 53. Pothier, *Pand*, t. II, p. 471, n. 110. Toullier, t. VI, n. 641.

(8) Furgole, VII, 5, 49.

Digitized by Google

ha per mancate, se non quando è divenuto certo, che l'avvenimento non si verificherà. Epperò, sia che la condizione consista *in faciendo*, sia che consista *in non faciendo*, colui, cui è imposta, ha tutto il tempo della sua vita per soddisfarvi (1).

325. Si dimanda, se può ottenersi dal Giudice l'assegnazione di un termine, elasso il quale, il gravato della condizione sarà decaduto. Furgole (2) facendo una distinzione tra le disposizioni contrattuali ed i testamenti, insegna, che nei contratti non si ha azione per obbligare ad eseguire la condizione e fissare un termine. Ma Pothier è d'un avviso contrario, e sostiene (3), che « quando la condizione « consiste in qualche cosa, che deve fare co« lui, verso del quale mi sono obbligato sotto « questa condizione, e che ho interesse, che « sia fatta (4), posso citare colui, verso del « quale mi sono obbligato, onde gli venga « prefisso un termine certo, nel quale adem« pirà la condizione, e che non facendolo, « sarò discaricato puramente e semplicemen« te dalla mia obbligazione. »

Pothier ha la stessa opinione relativamente alle condizioni negative (5), e si fonda sulla legge 115, §. 2, D., *De verb. oblig.*, dicendo, che la quistione aveva diviso i Proculiani ed i Sabiniani, e che ha creduto di dovere seguire l'opinione dei Sabiniani come più conforme all'equità del nostro dritto.

Il sig. Toullier combatte Pothier con forza (6); sostiene, che Pothier, contra la sua abitudine, ha male interpretata la legge, sulla quale si fonda, e che la sua decisione è contraria al dritto romano, alla convenzione, ed alla volontà del debitore condizionale, il quale si è riserbato un termine indefinito, il cui prolungamento può esser esteso sino alla morte.

Il rimprovero fatto a Pothier di non avere compresa la quistione, sulla quale i Sabiniani ed i Proculiani non erano di accordo, ci sembra per lo meno azzardato, e se ne rimarrà convinto con la spiegazione, che andiamo a fare della legge 115, §. 2, D., *De verb. oblig.* secondo Cujacio (7).

Sia stabilito quest'esempio: « Se non mi date la Schiava Pamfila, promettete di darmi 100 franchi. » Si dimanda, quando questa stipulazione produrrà il suo effetto? Pegaso, Giureconsulto Proculiano, diceva, che i 100 franchi non erano dovuti, che dal momento, in cui diveniva positivo, che Pamfila non poteva essere consegnata, come per esempio, quando essa fosse morta. Ma Sabino, Giureconsulto di un'altra scuola, pensava per lo contrario, che i 100 franchi erano dovuti nel tempo stesso, in cui la promessa era stata fatta, di sortechè se il debitore poteva dare Pamfila, e non la dava, la stipulazione doveva produrre il suo effetto, senzachè si fosse obbligato di attendere la morte di Pamfila, purchè però il debitore, essendo stato interpellato, si fosse lasciato costituire in mora; poichè aggiunge Cujacio, « *necessaria est interpellatio ad moram* » L. 24, D., *Quando dies leg. ced.*; se non vi fosse stat'interpellazione, il creditore dimanderebbe invano i 100 franchi.

Così dunque Pegaso, attaccandosi al rigore delle parole, e volendo, che la condizione sospensiva producesse pienamente il suo effetto, sosteneva, che i 100 franchi non erano dovuti prima della morte di Pamfila, la quale poteva unicamente rendere certo, che Pamfila non sarebbe data. Ma Sabino, ponendo in non cale il rigore de' termini per tenersi al pensiero dei contraenti, *ex sententia contrahentium*, era d'avviso, che pendente la vita di Pamfila i 100 franchi potevano essere riscossi, purchè il debitore fosse stato messo in mora, vale a dire, che interpellato nel tempo e nel luogo convenienti di dare Pamfila, non l'avesse fatto. Egli convertiva la stipulazione in questa: « *Voi vi obbligate a darmi Pamfila, e se non mi date Pamfila, mi darete* 100 *franchi*. »

Ora dimandiamo, se Pothier si è ingannato sul vero senso da darsi al parere di Sabino. È chiaro, che tale parere ha sostenuto nel suo trattato delle obbligazioni, quando ha detto, che potevasi citare il debitore condizionale, affinchè gli venisse prescritto un termino, tra 'l quale dovesse adempire la condizione.

Ora qual è il parere, che si deve preferire? Quello di Pegaso o quello di Sabino? Papiniano risolve questo dubbio con una distinzione. Se i contraenti hanno detto: « *Voi mi darete « Pamfila, e se non me la darete, mi darete « 100 franchi* », l'opinione di Sabino dev'essere seguita, perciocchè si scorge, che i stipulanti hanno dapprima voluto, che Pamfila fosse data puramente e semplicemente, e ne hanno fatto l'obietto di una stipulazione pura e semplice; il resto è stato aggiunto come clausola penale. Ma se la stipulazione comincia dalla condizione, che siegue: *Se non mi date Pamfila, mi darete tanto*, bisogna seguire l'opinione di Pegaso. Dapoichè allora i contraenti non hanno assolutamente voluto, che Pamfila venisse data, ma hanno voluto piuttosto, che il debitore potesse liberarsi dall'obbligazione de' 100 franchi col pagare Pamfila. Sinchè ha la volontà e la facoltà di dare Pamfila, non gli può essere chiesto il denaro, essendo padrone di adempiere la condizione, e di evitare la sti-

(1) Art. 1176, C. Nap. (1129 Leggi civili) Pothier, *Oblig.*, n¹ 209, 210 e 211.
(3) *Oblig.*. *luog. cit.*
(5) Come per esempio, vi obbligate a darmi 100 franchi, se non abbattete quest' albero che mi nuoce.
(2) VII, 5, 51 *in fine*.
(4) Come per esempio, vi darò 100 franchi se abbattete un albero, che mi nuoce.
(6) T. VI, n. 624.
(7) *Quaest. Papin.*, lib. II.

Digitized by Google

pulazione, soddisfacendo a questa condizione. « *Hae stipulationes*, (dice Cujacio, loco cit.) « *non committantur statim, nec ante quam* « *declaratum fuit, eam conditionem impleri* « *non posse* »; d'onde bisogna conchiudere, secondo lo stesso commentatore, che « *id quod* « *est in conditione tantum, est in solutione;* « *in pactione vel obligatione non est* ».

Tal è il parere di Papiniano commentato da Cujacio, e si scorge, che non favorisce tutt'affatto l'opinione di Pothier. Si può aggiungere contra di lui col sig. Toullier, che il Codice Napoleone, il quale ha preso in Pothier l'art. 1176 (a), sembra di avere rigettata l'eccezione di questo Giureconsulto col passarla sotto silenzio. Nondimeno pensiamo, essere questa una quistione di volontà, che dipende *ex arbitrio judicis*; che se appare avere voluto il debitore semplicemente obbligarsi sotto una condizione sospensiva, la dottrina de' Proculiani deve prevalere, ma se si appalesano degl'indizi certi, che la forma condizionale adoprata nasconde una vera obbligazione con clausula penale, non si deve fare difficoltà di decidere secondo Pothier ed i Sabiniani.

326. Adesso occupiamoci del caso, in cui la condizione non adempita si presume di esserla.

A tal riguardo esiste una prima regola, che forma un principio comune alle condizioni apposte ne' testamenti e ne' contratti, ed è quella contenuta nella legge 81, §. 1, D., *De cond. et demonst.* — « *Tunc demum pro impleta* « *habetur conditio, quum per eum stat, qui,* « *si impleta esset, debiturus erat.* » Viene ripetuto nella legge 24 dello stesso titolo, nella legge 39 D., *De reg. jur.* e 85, § 7, *De verb. oblig.* (1); il Codice Napoleone se n'è impadronito, e l' ha eretto in legge (2). Adunque la condizione è ritenuta per adempita, quando colui, che aveva interesse, che non si adempisse, (perchè senza di ciò sarebbe stato debitore) ne ha impedito l'avveramento per un fatto volontario. Tale regola è invariabile, e si applica a tutte le condizioni. Si trova una infinità di applicazioni nel corpo del dritto romano. Per esempio: « V' incarico di pagare « 100 franchi a Tizio, se la mia giumenta « partorisce due poledri. » Il legato diverrebbe puro e semplice, se faceste abbortire la giumenta, affinchè la condizione non verificandosi, il legato de' 100 franchi non fosse dovuto.

Bisogna però, che l' impedimento sia serio, e che sia legittimo ed irreprensibile (b). Perciocchè se quest' impedimento fosse uno di quelli, che si può facilmente superare, o se derivasse dall' esercizio di un dritto, come se per un peggioramento, che io aveva la facoltà di fare su di voi, vi avessi impedito di darmi i 100 franchi, che il testatore vi aveva obbligato di rimettermi, è certo, che non si potrebbe considerare la condizione come adempita: « *Non* « *omne ab heredis persona interveniens im-* « *pedimentum, pro expleta conditione ce-* « *dit;* » dice la legge 38, D., *De statulib* (3).

327. Evvi una seconda regola: la condizione si presume adempita, se la persona terza messa nella condizione, ed incaricata di ricevere, di soffrire o di permettere qualche cosa, lo rifiuta, e mette per un fatto volontario il legatario nell' impossibilità di adempire la condizione. Per esempio: Sempronio istituisce Tizio suo erede, se gli eleva una statua sulla pubblica piazza. Tizio si pone in dovere di obbedire, ma gli ufficiali municipali si oppongono all' erezione della statua; il legato viene considerato puro e semplice, e la condizione adempita, dicono Sabino e Proculo, de' quali Pomponio adotta l'opinione (4).

Sono stato istituito erede sotto la condizione sospensiva di dare 100 franchi a Tizio: Tizio ricusa di ricevere la somma di 100 franchi; non importa, la condizione si ritiene adempita (5), purchè abbia fatto delle valide offerte.

Sono stato istituito erede a condizione di prendere il nome del testatore. Se l'autorità competente mi ricusa l'autorizzazione necessaria, la condizione sarà considerata adempita (6).

328. Si vede per la natura stessa delle cose, che la nostra regola non si applica, che alle condizioni potestative o miste; vale a dire a quelle, che contengono un fatto messo *in promiscua facultate legatarii aut heredis*; o a quelle, che presentano un fatto qualunque messo nella persona di un terzo, e commesso all'erede o al legatario. Ma non si applica alle condizioni casuali, nelle quali non si considera che l'avvenimento, e si esige imperiosamente, che si verifichi. Deve pure restringersi alle disposizioni di ultima volontà, e non si estende ai contratti, come più sopra abbiamo detto (7). La ragione si è, che nei contratti le clausole

(a) Quest'articolo corrisponde all'art. 1129 delle nostre Leggi civili. — *Il traduttore.*

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 471, n. 111, e t. V, p. 311, n. 107.

(2) Art. 1178. (1131 delle nostre Leggi civili. *Il traduttore.*

(b) Qui pare, che debba esservi un errore tipografico nel testo, e che debba leggersi. — « Bisogna però, « che l' impedimento sia serio, e che non sia legittimo « nè irreprensibile. » — Altrimenti l' esempio, che segue, non corrisponderebbe alla regola stabilita, nè sarebbe uniforme al dritto. — *Il traduttore.*

(3) Ricard, *Disp. cond.*, n. 410. Pothier, *Oblig.*, n. 212. Toullier, t. VI, n. 609.

(4) L. 14, D., *De cond. et demonstr.* Cujacio, sulla legge 78, D., *De cond. et demonstr*, lib. 9, *Respons. Pap.* Mantica, XI, 16, 22.

(5) L. 3, D., *De cond. et instit.*

(6) Tranne il caso di disposizione contraria nel testamento. Sopra n. 256, ed il Sig. Bayle-Mouillard, t. I, p. 692.

(7) N. 318.

si interpretano *quantum sonant*, che si presume di essersi preveduto il caso, in cui la forza maggiore farebbe impedimento, e non essersi arrestati a questo ostacolo. Così se mi obbligassi con atto tra vivi a darvi 1000 franchi sotto la condizione sospensiva, che voi farete mettere il mio ritratto nel Palazzo municipale, e che gli uffiziali municipali vi si opponessero, non vi dovrei nulla assolutamente. Dapoichè siccome le clausole del contratto si interpretano *contra stipulatorem*, dovreste imputare a voi stesso di non avere fatto menzionare nella convenzione, che il caso, in cui riceverete un impedimento da parte degli uffiziali municipali, non sarebbe un ostacolo alla donazione.

Se la donazione fosse fatta sotto la condizione di dare 100 franchi a Cajo, e che questo ultimo non volesse ricevere siffatta somma, pensiamo, che si sarebbe validamente adempita la condizione mercè delle offerte reali. Però non pel principio « *pro impleta habetur conditio, quum stat per tertiam personam, in quam conditio collata est.* » ma perchè la condizione sarebbe validamente adempita. attesochè le offerte reali, che liberano il debitore, sono un vero pagamento (1)

329. Arriviamo ad una terza regola.

Le condizioni potestative sono considerate adempite, quando non dipende da colui, cui son imposte, di adempirle (2).

Questa regola concerne le sole condizioni potestative, che si trovano nei testamenti, o non si applica alle condizioni miste. Ed in effetti nelle condizioni puramente potestative basta, che per una circostanza qualunque, anche fortuita, non dipenda dal legatario o dall'erede di adempire la condizione: « *Quocumque modo deficiat* » dice Mantica (3); ma nelle condizioni miste, ciò non è sufficiente, ma bisogna inoltre, che l'impedimento derivi dal fatto volontario della persona terza messa nella condizione. Ciocchè insegna precisamente Cujacio (4), la cui opinione è seguita da Pothier (5), e da un gran numero di gravi autori (6).

Degli esempi faranno meglio comprendere questa differenza.

Voi siete incaricato dal testamento di andare in Roma il 24 di giugno 1849. ed i Francesi circondando questa città, vi pongono nella impossibilità di fatto di obbedire alla volontà del defunto. Questo evento di forza maggiore non vi potrà essere imputato, la vostra buona volontà basterà, perciocchè il testatore ha meno considerato il fatto in se stesso, che la vostra obbedienza ad eseguire la sua intenzione ed il vostro impegno effettivo a corrispondere alla sua liberalità (7).

330. Vediamo ora il caso di una condizione mista. Cajo vi lascia un legato di 20 mila franchi, se sposate Tizia. La condizione può mancare per effetto di due circostanze; può mancare se Tizia ricusa di sposarvi; può mancare se Tizia viene a morire prima del matrimonio.

Nel primo caso si dovrà decidere, che la condizione deve essere riputata adempita, perciocchè se il matrimonio non succede, è pel rifiuto, e conseguentemente pel fatto volontario di Tizia, che vi oppone un insormontabile ostacolo; questo è il luogo di applicare la seconda regola, più sopra espressa (8).

Ma nel secondo caso bisognerà dire, che il legato non è dovuto, e che la condizione non è ritenuta adempita per la ragione, che un evento di forza maggiore ha impedito il matrimonio, e che nelle condizioni miste la forza maggiore, che impedisce la condizione, non ha la virtù di fare, che questa condizione possa essere considerata come adempita.

Le leggi romane hanno molti esempi di questo ultimo caso. Ulpiano cita quello di un testatore, che aveva istituito il suo erede sotto la condizione di affrancare Stico. Avvenne dopo la morte del testatore, che Stico fu ucciso prima di essere affrancato. Ulpiano insegna secondo Giuliano, che questo omicidio aveva fatto mancare la condizione, e che l'erede aveva perduta l'eredità (9).

Un altro testatore aveva data la sua successione a Sempronio a condizione, che pagherebbe 10 mila a Tizio personalmente (supponiamo per fare i suoi studi). Tizio essendo morto senzachè la condizione fosse stata adempita, Ermogeniano decide, che il legato è caduco (10). Si vede, che in tutti questi casi la forza maggiore non manca di produrre un effetto radicale d'impedimento.

Voet ha fatto risaltare con chiarezza questa differenza: *Conditio mista precise debet evenisse quatenus casuale quid contineat, ita ut, casu deficiente, corruat* (11): e meglio ancora: « *Casuales conditiones omnino existere debent, ut et mixtae, quatenus casuales sunt* (12). » In effetti la condizione mista è composta di due elementi; vi è in essa una condizione casuale ed una condizione potestativa. La condizione casuale non sarà riputata

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 214.
(2) Mantica, XI, 16, 14. Furgole, VII, 2, 8, 9 e 10. Sopra n. 221, ed appresso n. 337.
(3) *Luog. cit.*
(4) 17, *observat.* 22.
(5) *Pand.*, t. II, p. 474, n. 121
(6) Voet, 27, 7, 18. Mantica, XI, 16, 23.
(7) Mantica, XI, 16, 14.
(8) N. 327.
(9) L. 23, § 2, D., *Ad leg. Aquiliam.* Mantica, XI, 17, 1.
(10) L. 94, D., *De cond. et demonstr.* Mantica, XI, 17, 1.
(11) 28, 7, 18.
(12) *Luog. cit.* Sommario del a. 18.

Digitized by Google

eseguita, che secondo le regole delle condizioni casuali. Dunque se Tizia muore prima del matrimonio, questo avvenimento casuale farà svanire la disposizione. Mentre al contrario se il matrimonio manca per di lei volontà, siccome voi siete disposto a sposarla, la condizione sarà riputata adempita, perchè è questa la parte potestativa della condizione, e che nelle condizioni potestative, la condizione è riputata adempita, se la persona terza messa nella condizione oppone il suo rifiuto (1).

331. Per quanto evidente sia sì fatta distinzione, Furgole nonpertanto la rifiuta (2), e pretende, che la legge 4. C., *De cond. insert. tam leg.* del pari che la legge 31. D., *De cond. et demonst.*, sulle quali si poggiano Cujacio Pothier ed altri, sono relative soltanto a dei casi particolari; al caso per esempio, in cui la condizione di maritarsi è concepita in termini formali, che fanno comprendere, che il matrimonio è la causa finale del legato, e che il testatore ha avuto in mira piuttosto il compimento di questo matrimonio, che la buona volontà della persona onorata del legato. Pensa, doversi prendere per regola la legge 23 D., *De cond. instit.*, che secondo lui contiene un principio più generale, e che decide, che nelle condizioni *si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit*, basta il non dipendere dal legatario, che la condizione sia adempita.

332. Ecco la traduzione di questa legge, ed è Marcello, che parla: « Quello dei miei « fratelli, che sposerà mia cugina sarà mio erede per tre quarti; quello, che non la sposerà « sarà mio crede per un quarto. O questa cugina si marita ad uno degli eredi, o non « vuole maritarsi nè all'uno nè all'altro. Se si « marita all'uno, il suo sposo sarà erede di « tre quarti; ma se nè l'uno nè l'altro la sposa « (non perchè essi non l'hanno voluta, ma « perchè ella non li ha voluto) divideranno la « successione in quote uguali, perchè la condizione sarà considerata adempita relativamente a ciascuno di loro. Perocchè il più « sovente, *plerumque*, questa condizione, *se « sposa, se dà, se fa*, deve intendersi in questo senso, purchè non dipende dal legatario, « che non sposi, che non dia, che non faccia. »

Si vede il senso di questo testo; è limitato al caso del rifiuto della futura, e lungi dal contradirci, conferma pienamente una delle parti della nostra distinzione.

333. Diamo ora la traduzione della legge 4, C., *De condit. insert.*, che Furgole rigetta nella classe dei casi particolari. « Vostro suocero vi lascia un fedecommesso o un legato « a condizione, che sposerete Tizio. Se Tizio « muore, primachè il matrimonio sia contratto, « inutilmente chiederete il legato; perciocchè « la condizione sarà mancata, ed il legato « non sarà dovuto. »

Non è facile di scorgere come questa legge non altro contenga, che la decisione di un caso particolare. Per lo contrario vediamo chiaramente, che vi si tratta, come nella specie precedente, della condizione mista di sposare qualcuno, senzachè in questo secondo caso piucchè nell'altro si possa dire, che il testatore ha avuto in mira, non la buona volontà della persona onorata, ma il formale adempimento del matrimonio. Ove Furgole ha veduto, che nel pensiero del testatore il matrimonio fosse la causa finale del legato? Perchè in questo caso piuttosto, che nell' altro, deciso da Marcello? Ci sembra, non essere necessario di ricorrere a simili supposizioni per mettere di accordo queste due leggi, e fare vedere la giustizia delle differenti decisioni, che racchiude.

Nella specie della prima legge il matrimonio è mancato per lo rifiuto della donna; nella specie della seconda il matrimonio manca non per difetto di volontà, ma per un caso fortuito. È dunque naturale, che le circostanze non essendo simili, le conseguenze siano differenti. Il perchè Marcello dice nel primo caso, che la condizione è adempita, e questa decisione è fondata sul principio. *In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora sit, quominus fiat* (3). Ma nel secondo caso l'Imperadore Alessandro dice, che la condizione non è adempita, perchè un evento fortuito no ha impedito l'adempimento. Epperò per spiegare ragionevolmente questa differenza bisogna ammettere la distinzione di Cujacio e di Pothier tra le condizioni potestative e miste, vale a dire, che nelle condizioni potestative basta, perchè siano considerate adempite, che un avvenimento impreveduto e fortuito ne abbia impedito l'adempimento; mentrechè nelle condizioni miste un evento impreveduto e di forza maggiore casuale non basta, ma bisogna, che l'impossibilità derivi dal fatto volontario di un altro.

334. Forse Furgole non ha sufficientemente riflettuto alla legge 31, D., *De cond. et demonst.* ricavata dagli scritti di Africano, e che risolve esplicitamente le due ipotesi. « *Nam « cum uni ita legatum sit. Titio, si Seiam « uxorem duxerit, heres meus centum dato. « Si quidem Seja moriatur* (forza maggiore « casuale) *defectus conditione intelligitur; « at si ipse decedat, nihil ad haeredem suum « transmittere, quia morte ejus, conditio defecisse intelligitur. Utroque autem vivente; « si quidem ipse nolit uxorem ducere, quia « ipsius facto conditio deficit, nihil ex legato « consequitur; muliere autem nolente nubere, « cum ipse paratus esset, legatum ei debetur. »*

(1) N. 327 qui sopra.
(2) VII, 5, 9, 85 e seguenti.

(3) L. 39, D., *De reg. juris.*

Questo testo contempla quattro casi 1.° o il matrimonio manca per la morte di Seja; 2.° o manca per la morte di Tizio; 3.° o manca pel rifiuto di Tizio; 4.° o manca pel rifiuto di Seja. Il secondo e terzo caso non son obietto di alcuna difficoltà, e non debbono occuparci. Ma la soluzione, data dal Giureconsulto Africano al primo e quarto caso, tronca, quanto vigorosamente è possibile, la questione agitata, e mette in armonia la legge 23, D., *De cond. inst.* con la legge 4, C., *De cond. insertis*, mostrando la ragione delle loro differenti soluzioni. Se il matrimonio manca per la morte di Seja, il che è un avvenimento di forza maggiore casuale, la condizione sarà mancata « *deficit conditione intelligitur.* » Imperciocchè gli ostacoli provvenienti da casi fortuiti sono quelli precisamente, che fanno mancare la condizione, nella quale l'azzardo ha la sua parte (1). Ma se la condizione manca per lo rifiuto di Seja, la condizione sarà riputata adempiuta, perocchè « *conditio pro impleta* « *habetur etiam cum stat per tertiam perso-* « *nam, in quam collata est.* » (2)

Furgole crede di fuggire all' insormontabile ostacolo ricavato da questo testo di Africano, dicendo, che riguarda soltanto un caso particolare. Ma Furgole non ha letto questa legge sino alla fine; non ne discute la parte decisiva, che abbiamo tradotta, e si ferma soltanto al principio di essa, del quale non ci prevalghiamo (3).

335. Il signor Toullier abbraccia l'avviso di Furgole senza discuterlo, ed insegna, che la morte di Seja non fa mancare la condizione, ma per lo contrario la fa ritenere adempita (4). Aggiunge, bastare, che la condizione sia mancata unicamente per accidente o per lo fatto oltrui, onde sia acquistato il legato, aggiungendo in nota, che questa regola era seguita in Francia. Ma nulla è più inesatto, e basta leggere Ricard (5) ed anche un arresto del Parlamento di Parigi del 1587, ove si vede un legato, fatto sotto condizione di matrimonio, caducarsi, perchè il futuro era stato ucciso ad Orleans prima della conclusione del matrimonio (6). Quando il signor Toullier cita Pothier (7), prova di non averlo perfettamente compreso. Ed in effetti Pothier non ha in mira nel passo citato dal signor Toullier, che una condizione puramente potestativa; l'esempio, che egli dà, lo prova, soprattutto se lo si avvicina alle sue *pandette* (8). Ma quando nel numero seguente parla della condizione mista, non la riguarda come adempita, che quando manca pel fatto volontario della persona terza, che deve concorrere al suo adempimento. Per verità si tace pel caso di forza maggiore; ma la pruova, che l'opinione, da lui seguita nel suo *Trattato delle obbligazioni*, è la stessa di quella, che si trova insegnata nelle sue *pandette*, è, che egli cita la legge 39, D., *De condit. et demonst.*, che pocanzi abbiamo invocata, e che Furgole rigetta.

336. Del resto non è difficile di dare la ragione della distinzione, che abbiamo sostenuta secondo la regola de' Giureconsulti. Quando la condizione mista manca per effetto dell'azzardo, si tiene per non adempita, perchè si suppone, che il testatore nell'imporla ha avuto la previsione degli azzardi, che potrebbero impedirle di verificarsi (*insidias fortunae*, come dice Mantica), e che senza fermarsi agl'impedimenti, che questi azzardi potrebbero occasionare, ha voluto l'adempimento della condizione e per nulla la semplice buona volontà. I casi fortuiti sono in effetti nell'ordine della natura; la forza delle cose li produce, ed è da credere, che il testatore vi abbia voluto sottoporre la sua disposizione. Si dirà forse, che questa supposizione non virne ammessa nelle condizioni puramente potestative? Ne conveniamo, ma per quale motivo? Perchè la condizione potestativa è commessa alla volontà pura e semplice della persona onorata, e che il testatore nel fare dipendere la disposizione dalla potenza di questa persona, sembra di non aver avuto in mira, che questa sola potenza, senza considerare gli avvenimenti fortuiti, che potrebbero impedirle di produrre l' effetto. Gl'impone una condizione, che pone alla pruova la sua obbedienza, e che lo forza per un fatto potestativo a mostrare la sua buona volontà e la sua sommessione per l' esecuzione delle intenzioni affidate al testamento. Non parla de' fatti fortuiti, che potrebbero fare ostacolo o questa buona volontà in ciò, che concerne l'adempimento. « *Non expressa non no-* « *cent*, » ed il testatore è considerato per questo silenzio di avere voluto contentarsi della buona volontà. Ma nelle condizioni miste non è così, imperocchè l'adempimento della condizione non dipende da un fatto puramente potestativo, ma da un fatto, che dipende così dall'azzardo, come dalla potenza di un legatario, o bene dalla volontà di quest'ultimo, e dal concorso di una persona terza. Dunque il testatore non ha potuto contentarsi della buona volontà pura e semplice del legatario; la sua previsione si è versata su di un avvenimento, che doveva concorrere con essa, e se l'uno o l'altra manca, l'intenzione del testatore non è adempita. Così vi dono 10 mila franchi, se sposate Mevia; il testatore esige qui la riunione del

(1) Ricard, *Disp. cond.*, n. 414.
(2) Sopra n. 327.
(3) VII, 2, 86.
(4) T. VI, n. 611.
(5) N. 440.
(6) Louet, lettera M, *somm.* 3.
(7) *Oblig.*, n. 213.
(8) T. II, p. 474, n. 121.

Digitized by Google

fatto di due persone, il vostro e quello di Mevia. Se Mevia muore prima del matrimonio, mancherà qualche cosa a ciò, che aveva preveduto e voluto il disponente. Epperò non sarà più possibile di soddisfare alla doppia circostanza, di cui la condizione si compone; conseguentemente questa condizione sarà svanita. Ciò pel caso di un avvenimento fortuito.

Ma quando la volontà di una terza persona si oppone all'adempimento della condizione, si è considerato, che non sarebbe giusto di fare dipendere la sorte del legatario dalla resistenza, sovente capricciosa, di questa terza persona. Si può dire d'altronde, che il legatario ha soddisfatto alla volontà del testatore, perchè ha offerto quello, ch'è stato rifiutato (a). Tal' è la giusta osservazione di Doneau (1).

337. Dopo di ciò diremo, che può avvenire molto spesso, che il matrimonio espresso dal testatore è la causa finale della sua disposizione; in tal caso se il matrimonio manca per qualsivoglia causa, il legato non sarà dovuto, perchè è stato fatto non a causa della persona, ma a causa del matrimonio stesso; tal' è il carattere, che portano le donazioni fatte a contemplazione di matrimonio, le quali sono sempre soggette alla condizione della celebrazione delle nozze (2). Ma ne' testamenti questo carattere è meno evidente, e vi è sempre luogo ad esaminare, se il legato è fatto piuttosto alla persona, che per la cosa, o piuttosto per la cosa, che alla persona. Se il carattere personale prevale, le nostre distinzioni sussistono; se al contrario sembra dominante l'altro carattere, non vi sarà più distinzione da ammettere, e bisognerà, che il matrimonio si faccia. Se non si fa, per qualunque causa ciò sia, forza maggiore, rifiuto ccc. ecc., il legato non sarà dovuto.

338. In generale in questa sorte di quistioni la volontà del testatore deve tutto decidere, malgrado le parole adoprate. Questo è il consiglio, che dà Papiniano, e la regola, che dichiara seguire nelle sue decisioni (3), ed ecco qui appresso l'esempio, che propone: Un padre aveva lasciato un fondo a sua figlia Severina Procula, se si maritava con Elio Filippo; e se non si maritava, aveva legato questo fondo ad Elio Filippo. Severina venne a morire prima dell'età. Questione di sapere, se il matrimonio essendo mancato, il fondo dovesse appartenere ad Elio Filippo. Al primo colpo d'occhio l'affermativa sembrava non dubbia; nondimeno Papiniano, interpretando l'intenzione del testatore, decide, che quest' ultimo non ha voluto dare il fondo ad Elio Filippo, che in quantochè il matrimonio fosse mancato per lo rifiuto di Severina Procula.

339. Ci resta a fare rimarcare su questo punto, che s'è vero di dire, che la condizione vien meno, quando il fatto, preveduto dal testatore nella condizione mista, manca per forza maggiore, non è lo stesso, a giudizio di gravissimi autori (4), quando l'avvenimento di forza maggiore, che rende ineseguibile la condizione, giunge in vita del testatore.

Supponiamo, che il testatore abbia fatto un testamento per istituire Sempronio, se si maritasse con Mevia, e Mevia morisse in vita del disponente: in questo caso la condizione è tenuta per adempita.

Pietro vi lega la sua masseria di Groshois, se date tomila franchi a Francesco per finire i suoi studi. Francesco muore, o è ucciso in vita del testatore; la condizione è ritenuta per adempita. Da una parte il legatario non poteva adempirla in vita del testatore, dall'altra quando il testatore è morto, l'evento l'aveva resa impossibile (5).

Vi lego una pensione annuale di 300 franchi, se dimorerete con mia madre; mia madre muore prima di me; in mia morte la pensione annuale vi sarà dovuta da' miei eredi (6).

Doneau ha contrastato l'aggiustatezza di questo modo di vedere, e pretende, che la condizione non è riteaut'adempita, e che la disposizione manca (7); argomenta da molti testi (8): E difatti vi è nel dritto romano qualche passo favorevole a Doneau a lato di molti altri, che sono contra di lui.

Quale conclusione bisogna ricavarne? Che vi è del vero in tutte due le opinioni, e che la quistione dipende molto dalle circostanze e dalla volontà del testatore.

Se per esempio la condizione è entrata come causa finale nella disposizione, è vero il parere di Doneau; se per lo contrario la condizione può distaccarsi dalla disposizione per modo, che si possa pensare, che il testatore abbia voluto lasciare sussistere la liberalità, benchè la condizione non fosse nell'ordine dei possibili, deve prevalere il parere di Cujacio.

(a) Può dirsi pure, che il testatore ha avuto per fermo, che Mevia non ricusasse il matrimonio, o che nel formarne la condizione di una liberalità a favore di un terzo abbia ritenuto di gratificare questo terzo e lei. Se ella ricusa, la liberalità a favore del terzo rimane.
Il traduttore.

(1) 8, 34, 3.

(2) L. 24, C., *De nuptiis*. Soefve, t. II, *Cent* 2, cap. 59, cita un arresto del Parlamento di Parigi. Furgole, VII, 2, 83.

(3) L. 101, D., *De cond. et demonst.*

(4) Cujacio, *Observat.*, 17, 22, e sulla legge 85, § ult., D., *De verb. oblig.* (lib. 75, *Pauli ad Edict.* et *Recit. sol*, sul Cod. T., *De cond. et substit*) Voet, 28, 7, 20, 21.

(5) I testi sono l. 23, § 2, D., *Ad leg. Aquil* 54, § 1, *De legat.*, 1°; 39, § 4, D., *De statulib*; 8, § 7, D., *De cond. instit*; 6, D., *De cond. et demonst.*

(6) Scevola, l. 20, D., *De annuis legat.*, tale qual' è spiegata da Cujacio, 17, osserv. 22.

(7) 8, 34, 3 e 4.

(8) L. 23, § 2, D., *Ad leg. Aquil.*, invocata nel sistema contrario, e la l. 96, D., *De cond. et demonst.* L. 39, § 4, D., *De statulib.*

Digitized by Google

Per esempio, Tizio dispone della seguente maniera: « Se Cajo si marita con mia nipote, « in vista di questa unione gli dono 10 mila « franchi per regalo di nozze. » La nipote muore prima del testatore. È chiaro, che unicamente a causa del matrimonio Tizio ha voluto gratificare Cajo; che il matrimonio mancando per la premorienza della futura, la liberalità manca pure, e che se Tizio non ha nulla cambiato al suo testamento, e perchè l'ha giudicato inutile: *sublata causa, tollitur effectus* (1).

Ma se Tizio volendo favorire un vecchio servitore, gli fa una pensione alimentaria, mettendovi però la condizione di dovere dimorare con sua madre, e se la madre viene a morire prima del testatore, si potrà dire a causa del favore degli alimenti, a causa dei servigi del domestico, che Tizio non ha fatto della condizione una causa finale, e ch'essa si ritiene adempita.

E così la varietà delle ipotesi conduce a differenti soluzioni. Il torto di Cujacio e di Doneau è forse di essere stati troppo assoluti, ciascuno nel proprio sistema.

340. Secondo Voet, non bisogna ritenere la condizione per adempita, che quando il testatore ha avuto conoscenza dell'avvenimento, che rende l'avveramento della condizione impossibile (2). « *Si modo, testator adhuc su-* « *perstes, sciverit rem ad eum casum deductam esse, ut existere amplius non possit* « . . . . . ; *tum quia testator sciens eam ab* « *honorato per talem casum supervenientem* « *impleri non posse, facile suam potuisset* « *mutare volontatem, si noluisset relicta pre-* « *stari; ac id non agens, credendus est in* « *eadem liberalitatis voluntate perstitisse.* »

A nostro parere questa restrizione non è necessaria. Diciamo anzi, è falsa, e non si fonda su di alcun testo. Passiamo in rivista le leggi romane.

Un legato è fatto a Tizia, se si marita secondo i consigli di Sejo. Quest'ultimo muore in vita del testatore. Pomponio decide, che questa circostanza, comunque renda impossibile l'adempimento del legato, non impedisce, che il legato sia dovuto (3). Pomponio non distingue, se il testatore sapeva oppur no la morte di Sejo.

La legge 23, §. 2, D., *ad leg. Aquiliam*, improntata dagli scritti di Ulpiano, e che è uno de' campi di battaglia di questo argomento, è del pari muta sulla distinzione di Voet. Un testatore aveva fatta nel suo testamento una disposizione così concepita: « Se Stico dà « 1000 ad Altin, sarà libero. » Altia morì in vita del testatore. Giusta l'avviso di Labeone ed Ofilio che non mancano di buone ragioni, (il testo stesso lo dice). Stico non aveva dritto alla libertà. Ma Trebazio risponde, che tal'avviso non dev'essere seguito a causa del favore della libertà, senza inquietarsi, se il testatore ha conosciuto oppur no la morte (4).

Un erede viene istituito a condizione di affrancare Stico, Stico muore in vita del testatore, Ulpiano decide, che la condizione si presume adempita. Si cura egli di conoscere, se il testatore ha conosciuta o non conosciuta la morte? Affatto. La sua ragione è, che non si può rimproverare all'erede di non adempiere una condizione impossibile. *Non videtur defectus conditione, si parere conditioni non possit; implenda est enim voluntas, si potest* (5).

341. Ed in effetti non vi è nulla di decisivo nella circostanza richiesta da Voet. La ragione dice altamente, che vi sono dei casi, nei quali la conoscenza pervenuta al testatore non salva la disposizione; vi sono dei casi, nei quali malgrado la mancanza di questa conoscenza la disposizione è salvata. Tutto dipende dalle circostanze; tutto è subordinato alla volontà del testatore, saggiamente interpretata. Il testatore può evidentemente avere ignorato l'avvenimento casuale, che è venuto a rendere la condizione ineseguibile, senzachè per questo bisogna dire, che la disposizione svanisca. Supponiamo, che la condizione sia di quelle, che non sono una causa penale, e che l'insieme delle circostanze faccia vedere, che ove anche il testatore avesse conosciuto l'evento di forza maggiore, sarebbe persistito nella idea di una liberalità dettata da cause superiori alla condizione; non è evidente, che la disposizione deve essere distaccata dalla condizione, e che bisogna venire in soccorso del legatario per la ragione data da Ulpiano?

342. Tutto quello, che abbiamo detto sullo adempimento fittizio delle condizioni, che nel fatto sono mancate, deve essere completato con tre importanti osservazioni.

La prima si è, che importa molto di esaminare, se la condizione, che si vuol fare considerare come adempita, è momentanea, ovvero se ha un tratto di tempo.

Le condizioni momentanee (6) sono adempite subitochè vi è impedimento da parte del debitore, o di colui, nella cui persona si trova messa la condizione, o, se si tratta di condizioni potestative, subitochè non dipende dal legatario di adempire la condizione. Ma quando la condizione è successiva, vale a dire, che ha un tratto di tempo, non si considera adem-

(1) Argomento dalla legge 58, D., *De condict. indebiti*, citata più sopra 229 e 230, e che versa su di una causa falsa.
(2) 28, 7, 20.

(3) L. 54, § 1, D., *De leg.*, 1°.
(4) Giavoleno, l. 39, § 4, D., *De statuliberis*.
(5) L. 8, § 7, D., *De condit. instit.*
(6) Sopra n. 207.

pita nel momento dell'impedimento, ma solamente quando il tratto di tempo è decorso.

Per esempio Tizio fa un legato a Tirone suo servitore, se serve per cinque anni Sempronio suo nipote. Ecco una condizione successiva, che ha un tratto di tempo. Supponiamo ora, che Sempronio non voglia, che Tirone lo serva, il legato non diverrà per questo puro e semplice *statim*: lo diverrà, quando i cinque anni saranno decorsi, perocchè sarebbe possibile, che Sempronio desistendo dalla sua ostinazione, esigesse prima dello spirare dei cinque anni, che Tirone gli rendesse i servigi, che gli sono imposti. « *At is quem quis non « patitur sibi servire, postea pati potest intra « quinquennii tempus* (1) ».

La legge 4, §. 2, D., *De statuliberis* rende la stessa decisione, fortificandola con questa osservazione, cioè: che in questo legato vi sono una condizione ed un termine, e Paolo, che n'è l'autore, rileva benissimo, che sarebbe assurdo, che il legato fosse più prossimo, quando la condizione non è adempita, che quando è adempita.

Ma se si tratta di una condizione momentanea, la disposizione diverrà pura e semplice subito dopo il rifiuto o l'impedimento sopravvenuto al legatario. « *Neque etiam is in ea« sibus*, dice Voet (2), *poenitentia illius, qui « semel impedivit conditionis implementum, « potest postea honorato imponere implendi « necessitatem, sed sufficit, quod sese semel « serio, et uti oportet, ad complendum obtu« lerit, ut relictum capiat: atque ita is, cui « imposita conditio ducendi Titiam, si eam « non perfunctorie, sed serio et instanter ambiens, viri boni arbitratu et ex more regionis, repulsam tandem passus sit, postea « eam ducere non tenetur, licet mutata men« te, paratam eum in maritum accipere, et ni« hilominus relicta retinebit.* »

343. La nostra seconda osservazione è questa Se la condizione è tale da poter essere adempi'a in parte, e che l'impedimento recato ha luogo solo per una parte, la condizione non sarà riputata eseguita, che per una parte; ed il legatario dovrà adempirla pel rimanente. Per esempio lego a Stico 100 franchi, se paga al mio erede una somma di 25 franchi nel cominciare di ciascuno dei due anni, che seguiranno la mia morte. Il testatore essendo morto, se l'erede ricusa di ricevere nel primo anno la somma di 25 franchi, Stico non sarà per questo esonerato del pagamento della seconda, ed il legato dei 100 franchi non gli sarà dovuto, che quando l'erede avrà del pari ricevuta e rifiutata l'offerta del secondo pagamento (3).

344. Da ultimo la nostra terza osservazione consiste nel dire, che quando vi è impedimento, la condizione non è ritenuta per adempita, che nel caso, in cui il legatario non può adempirla per equipollenti. Imperocchè se potesse adempirla per equipollenti, sarebbe tenuto di servirsi di siffatto mezzo. Per esempio, dono per testamento 1000 franchi a Tizio, se rende un conto in regola della sua gestione al mio erede. Questo erede si trova assente. Tizio dovrà dimandare, che gli venga designata una persona, *virum bonum*, per ricevere i suoi conti; e quando glieli avrà resi, allora potrà esigere il suo legato (4).

345. Ritorniamo all'adempimento reale e di fatto delle condizioni, ed esaminiamo, se una condizione può essere divisa nel suo adempimento.

Qui pure molte distinzioni sono necessarie.

E dapprima quando la condizione è casuale, è evidentemente indivisibile, come per esempio, se la nave l'*Invincibile* arriva dalle Indie; è chiaro, che un tale avvenimento non è suscettibile di divisione.

Quando la condizione è potestativa, benchè consista in un fatto suscettibile di divisione, nonpertanto è indivisibile nel suo compimento, s'è stata imposta ad una sola persona.

Per esempio nulla è più divisibile dell'obbligazione di pagare una somma di denaro; nondimeno se un legato è fatto sotto la condizione di una simile obbligazione, questo legato non sarà dovuto, che quando la somma di denaro sarà stata integralmente pagata. Il legatario non avrà fatto nulla col pagare la metà della somma. Se morisse prima del pagamento totale, il legato sarebbe caduco (5).

346. Codesti principî regolano pure le obbligazioni condizionali tra vivi. L'obbligazione, che dipende da una condizione, il cui oggetto è divisibile, e che è stata imposta ad una sola persona, continua ad essere sospesa malgrado l'adempimento parziale della condizione (6).

347. Se la cosa legata venisse a provare una diminuzione, la condizione, che fosse aggiunta a questo legato, dovrebbe essere diminuita *pro rata*? È d'uopo distinguere.

Si tratta per avventura di un' obbligazione di fare, per esempio di affrancare Stico? Se è costante in fatto, che malgrado la diminuzione il valore della cosa legata è tuttavia uguale al valore di Stico, il legatario è tenuto di affrancare questo schiavo (7). Ma se la cosa

(1) L. 3, § 15, D., *De statuliberis*. L. 20, § 3, D., *eod. tit.*
(2) 28, 7, 19.
(3) L. 3, § 13, D., *De statuliberis*.
(4) L. 47, § 2, D., *De fideic. liber.* Pothier, *Pand.*, l. II, p. 476, n. 137.
(5) Giavoleno, l. 56, D., *De cond. et demonst.*
(6) Furgole, VII, 3, 96. Pothier, *Obbligazioni*, n. 215. Toullier, VI, n. 595. Scevola, l. ult., D., *De rescind. vendit.*
(7) Ulpiano, l. 24, § 16, D., *De fideic. libert.*

Digitized by Google

legata è talmente diminuita di valore, che l'affrancamento di Stico è una perdita pel legatario, allora potrà esimersi della condizione, rinunziando alla cosa. Si scorge, che trattandosi qui di un fatto indivisibile, la giurisprudenza ha conciliato questa circostanza con l'interesse del legatario (1).

Si tratta invece di un'obbligazione di dare? Paolo decide, che la condizione può essere scissa.

« *Si pars rei legatae usucapta sit, an in* « *solidum parendum sit, dubito, et potest di-* « *ci pro parte parendum ex sententia testato-* « *ris* (2). » Siffatta decisione è basata su questa ragione, cioè, che il peso, che fa la condizione, essendo proporzionato al legato, deve diminuire secondo la misura di ciò, che vien detratto dal legato. Si presume, avere voluto il testatore gravare il legatario giusta la proporzione di ciò, che gli ha lasciato.

Ma se la condizione è poco considerevole in comparazione del legato, e che il legato non sia notabilmente diminuito, non vi ha motivo, per la ragione contraria, di diminuire il peso (3).

Si vede del resto, che non si tratta qui, a parlare propriamente, di una divisibilità dell'adempimento della condizione; solamente si cerca, se bisogna diminuire la condizione secondo il voto presunto del testatore. Fatta tale diminuzione, si esegue la condizione senza divisione giusta il principio pocanzi stabilito.

348. Quando la condizione potestativa è imposta a più persone, essa può essere divisa; se il fatto, che è messo nella condizione, è suscettibile di divisione

« *Duobus eadem res, si heredi centum de-* « *dissent, legata est. Si alter ex his quin-* « *quaginta dederit,* partem legati consequetur, « *et pars ejus, qui non dederit alteri cum* « *sua conditione adcrescit.* » Così si esprime Giavoleno nella legge 54, §. 1, D. *De cond. et demonst.*

La ragione n'è, secondo la legge 36 dello stesso titolo, che « *quamvis summa universae* « *conditioni sit adscripta, enumeratione per-* « *sonarum potest videri esse divisa.* »

Ma se la condizione consistesse in un fatto, che non fosse suscettibile di divisione, come di costruire una nave, di dipingere un salone, non potrebbe essere divisa, sebbene imposta a due o più persone (4).

Ulpiano dimanda, se la condizione è adempita nel caso, che l'uno dei costruttori costruisca solo la nave, o che uno dei pittori dipinga solo il salone, e risolve questa difficoltà, riducendola ad una pura, quistione di volontà. Se appare, che era indifferente pel testatore, che l'opera data per condizione fosse fatta da uno dei due, la condizione sarebbe adempita dal lavoro di un solo, incaricato del mandato dell'altro. Ma non sarebbe lo stesso, se il testatore avesse avuto in mira l'industria dell'uno e dell'altro (5), dapoichè in questo secondo caso l'adempimento fatto da un solo è una vera contravvenzione alla volontà del testatore. Al contrario nel primo caso, quello dei legatari, che ha lavorato, adempie la condizione così a suo profitto, che ha profitto del suo collegatario, secondochè si presuma di avere inteso il testatore: *prout voluisse testatorem apparuerit.*

349. Del resto quando uno dei collegatari fa solo l'opera intiera, senzachè l'altro voglia prendervi parte, l'adempimento non giova a quest'ultimo. Secondo Giustiniano (6) la parte accresce al legatario, che ha fatto l'opera. Niente è più giusto, dapoichè l'opera essendo compiuta, non starebbe bene, che l'erede, che ne profitta, profittasse pure della caducità. Sono stordito, che Furgole sia di un contrario parere (7). Sentiamo Voet, « *Sed tamen* jure « *novo, ceteris cessantibus, factum indivi-* « *duum in totum ab uno impleri potest ad* « *id, ut ipse solus, exclusis caeteris implere* « *nolentibus, totum percipiat, qui, si omnes* « *implerent, non ultra partem sibi datam ha-* « *biturus esset* (*L. penult., C. De condit. in-* « *sert.*). *Sublata veterum dubitatione, qui hic* « *multa ad voluntatis quaestionem reduce-* « *bant, ut patet ex multis legibus... Caetero-* « *rum implere cessantium partes huic quo-* « *que accrescent, cum onere tamen parendi* « *ulterius appositae conditioni. Et idem est,* « *cum plures honorati sunt sub conditione* « *dandi individua, v. g. si equum dede-* « *rint* (8), » L'art. 1044 conferma del resto questo modo di vedere (9).

350. Quando più condizioni sono imposte, bisogna vedere come si debbono adempire.

Paolo fa a tale riguardo una distinzione, che è la chiave della materia.

O le condizioni imposte sono unite dalla copulativa, E, o sono unite dalla disgiuntiva O.

Nel primo caso bisogna adempirle tutte, nel secondo basta di obbedire ad una sola (10).

Con tutta la semplicità di questi principi, si sono elevate nonpertanto a tal riguardo nume-

(1) *Infra* n. 367.

(2) Paolo, l. 44, § 9 L. 43, § 2, D., *De cond. et demonst.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 469, n. 99. Pothier, *Oblig.*, n. 217. Ricard, n. 409. Più basso n. 367.

(3) Ricard, *luog. cit.* Appresso n. 367.

(4) L. 112, D., *De cond. et demonst.* Furgole, VII, 5, 101.

(5) L. 13, § 1, D., *De manumissis test.* Furgole, VII, 5, 103.

(6) Legge 6, *penult.*, C., *De cond. insert.*

(7) VII, 5, 103.

(8) Voet, 28, 7, 5.

(9) V. appresso il commentario di quest'articolo.

(10) L. 5, D., *De condit. instit.* V. pure l. 110, § 3. D., *De reg. juris*; l. 78, § 1, *De condit. et demonst.* Ricard, n° 382 e seguenti. Furgole, VII, 5, 108.

Digitized by Google

rose contestazioni, fondate su che, vi sono dei casi, in cui la disgiuativa diviene copulativa, e viceversa (1).

Su ciò si è molto scritto, e malgrado tutto ciò, che si è detto, è molto difficile di dare delle regole precise su di una materia, così largamente aperta all'interpretazione (2). Si può soltanto riportarsene al principio generale, che impone al Giudice l'obbligazione di fermarsi ai termini adoprati, a menochè non sia manifesto, che il testatore ha voluto altra cosa, « *Non aliter a significatione verborum* « *recedi oportet, quam cum manifestum est,* « *aliud sensisse testatorem* (3). Tale è in diffinitivo la conclusione di Furgole (4), e Voet ha avuto gran ragione di dire. « *Plane si nulla* « *specialis ratio obstet, quominus conjuncta* « *pro conjunctis, disjuncta pro disjunctis* « *habeantur, a propria particulae conjungentis aut disiungentis significatione recedendum non est* (5).

351. Evvi un'ultima osservazione, che deve essere fatta sull'adempimento delle condizioni.

Spetta al legatario di provare, che la condizione, cui il suo legato era subordinato, si trova adempita. Prima dell'adempimento della condizione nulla gli è dovuto, ed è d'uopo, che la condizione si sia realizzata, onde la sua dimanda sia fondata (6).

Questa proposizione è evidente, o che la condizione sia affermativa, o negativa, dapoichè sa tale adempimento si basa il fondamento della sue dimanda (7).

Ma la contravvenzione alla condizione deve essere provata da quello, che la sostiene, dapoichè è il fondamento della sua dimanda (8).

352. Dopo di avere trattato delle condizioni, passiamo ad occuparci del modo aggiunto agli atti a titolo gratuito (9).

Il modo è una legge aggiunta alla disposizione, e che obbliga il gratificato a fare o dare qualche cosa, dopochè avrà ricevuto la liberalità.

Questa definizione fa conoscere immediatamente una sensibile differenza tra la condizione sospensiva ed il modo. La condizione sospensiva sospende l'effetto della disposizione sino a che venga adempita; prima di questo adempimento non vi ha nulla, che sia dovuto, e tutto ciò che vi è, è ancora una speranza. Ma il modo non sospende la disposizione, ed il gratificato non è obbligato di soddisfarvi, che quando ha ricevuto la liberalità (10).

Nondimeno è talvolta molto difficile di distinguere una disposizione modale da una disposizione condizionale, perocchè le espressioni volgari, di cui si fa uso per esprimere l'una e l'altra, possono essere ambigue. Il perchè la legge 1, C., *De his, quae sub modo* dice: « *In* « *legatis quidem et fidecommissis etiam mo-* « *dus adscriptus pro conditione observatur.* »

353. Dopo quello, che abbiamo testè detto del modo, e quello, che più sopra (11) abbiamo detto delle condizioni potestative negative, si può scorgere, che non vi è differenza tra questi due generi di disposizioni. Imperciocchè non sospendono la disposizione, ma soltanto la risolvono, se non si adempie. Ed ecco perchè abbiamo detto, che le condizioni potestative negative sono piuttoste considerate come dei modi che delle condizioni.

354. Del resto nel dubbio la disposizione dev'essere piuttosto considerata come modale che come condizionale, dapoichè il modo non vieta, che la disposizione sia pura. Ora una disposizione pura essendo più piena e più perfetta di una disposizione condizionale, bisogna decidersi per partito più favorevole (12).

355. L'erede, il legatario, o il donatario possono essere gravati di pesi, a' quali un terzo non ha interesse: basta, che il disponente ne abbia fatto la legge della sua liberalità, e che questa legge sia ragionevole, perchè vi si debba obbedire puntualmente (13).

Ma se il peso non riguardasse, che il solo interesse di colui, che n' è gravato, lo si riguarderebbe piuttosto come un consiglio, che come una legge (14).

356. Come le condizioni, il modo dev'essere di una cosa promessa, lecita, non contraria alle leggi ed a' buoni costumi, e possibile nella sua esecuzione. Senza di che viene considerata come non scritta. Tal' è la disposizione dell'articolo, che commentiamo, e che si applica così alle condizioni propriamente dette, che a' modi.

Nonpertanto quando la volontà del testatore è basata sulla ragione, e che un ostacolo non permette di adempiere il modo *in forma specifica*, bisogn' adempirvi per equipollenti, di modo tale, che l'intenzione del testatore sia adempita per quanto è possibile (15).

(1) L. 29, *De verb. signif.* L. 53, *luog. cit.*

(2) Furgole, VII, 5, 1 0; VII, 6, 35 a 85. Voet, *De cond instit.*, n. 29. Pothier, *Pandette*, t. II, p. 326, n. 268, 269. Merlin, Repert., v° *Disgiuntiva e Copulativa.*

(3) L. 69, D., *De legat.*, 3°.

(4) VII, 6, 83.

(5) *Luog. cit.*

(6) Furgole, VII. 5, 143.

(7) L. 10, D., *De verb. signif.*

(8) Furgole, 8.°, 5, 147.

(9) V. sui pesi apposti ai legati de' dettagli utili nel Repertorio di Merlin v.° *Legatario*, p. 822 e seguenti.

(10) L. 17, § fin., D, *De cond. et demonst.* l. 18, D, *De cond. et demonst.* Pothier, *Pandette*, t. II, p 491, n. 216 Voet 35, 1, 12. Furgole 7. 34.

(11) N. 285.

(12) Voet, 35, 1, 24. Mantica X, 5, 12. Menochio *Praesumpt.* IV, 175, 15.

(13) L. 19, D., *De legat.* 3.

(14) L. 71, D., *De condit. et demonst.* Voet, 35, 1, 12. *Appresso* n. 2062.

(15) L. 71, D, *De condit. et demonst.*

Per esempio Tizio aveva fatto un legato ad una città municipale, affinchè dalle rendite di questo legato si celebrassero ogni anno in suo onore de' pubblici giuochi. Si trova, che un regolamento vieta la celebrazione de' giuochi. Bisognerà perciò, che gli eredi del defunto profittino di un denaro, non destinato ad arricchirli? Affatto, e Modestino decise, che bisognava provvedere al modo, onde celebrare in una maniera diversa la memoria del defunto (1).

Quest' esempio può servire di regola ogni volta, che il legato è di quelli, ne' quali è necessaria l'autorizzazione del governo, e ne' quali è da esso giudicato, che la pubblica utilità non permette l'adempimento specifico (2). Allora gli equipollenti sono necessari per mettere di accordo il voto del defunto con la volontà dell'amministrazione (3).

357. Del resto il modo è considerato in generale adempito, quando non dipende dal legatario gravato di adempirlo. Poco importa, che ciò avvenga per caso fortuito, cattiva volontà di una terza persona, o impossibilità di dritto. In tutti questi differenti casi l' impossibilità dispensa il legatario dall'adempimento, e rende la disposizione pura e semplice.

Si scorge, che vi è sotto tal rapporto una differenza tra il modo e la condizione (4).

« La ragione di questa diversità, secondo « Ricard, è fondata su che la condizione affetta talmente la sostanza del legato, che non « può avere il suo effetto, che con essa, invece che il peso non vieta, che la disposizione « sussista da se sola, e che il gratificato non « entri in possesso della cosa data, primachè « non abbia soddisfatto al peso; di sortechè, « siccome il dritto *di colui, che possiede, è* « *sempre più favorevole*, se, quando si tratta « di eseguire il peso, il gratificato no 'l puole « per effetto di taluni accidenti, che d'altronde non procedono dalla sua negligenza o dal « suo fatto (a), le cose debbono restare nello « stato, in cui sono, ed il gratificato deve conservare il possesso, ch'egli ha già acquistato « in virtù di un titolo legittimo (5). D' onde « questa decisione degl' Imperatori Diocleziano e Massiminiano. « *Pecuniam a te datam, si haec causa pro qua data est, non* « *culpa accipientis, sed fortuito casu non est* « *secuta, minime repeti posse certum est* »(6).

358. Ma ciò non si applica, che alle disposizioni di ultima volontà, nelle quali s' interpreta *plenius* la volontà del defunto.

Nella disposizione tra vivi il modo non adempito non è tenuto per adempito, che quando il debitore obbligato su questo modo, ne ha eseguito l'adempimento (7).

Qui le clausole s' interpretano come sono scritte. Colui, al quale il modo è stato imposto, era presente per difendere i suoi diritti, e doveva esigere, che il contratto li serbasse sani ed interi pel caso in cui qualche ostacolo gl' impedisse di obbedire al peso.

La legge romana, che abbiamo citata, pare contraria, poichè parla di una somma di denaro donata tra vivi. Ma ecco come viene spiegata. Quando una cosa è donata sotto l'obbligazione di adempiere un tal peso, il donatario dev'essere messo in mora di adempirlo, nè vi è luogo alla rivocazione della donazione, che in quantochè non ha purgato la mora. Ora se il donante mette il donatario in mora di adempiere il peso solamente quando vi è impossibilità fisica, sopravvenuta per un avvenimento fortuito, il donatario può dirgli: « Perchè non « mi avete messo in mora in un'epoca, in cui « io aveva la possibilità di adempire al peso? « Perchè non mi avete interpellato, se non « quando non è stato più in mio potere di soddisfare al peso? Perchè siete rimasto silenzioso per tutto questo tempo? Evvi della « mala fede da parte vostra, ed in qualche « modo posso dire, che il vostro fatto ha impedito l'adempimento. » In questa specie è stata renduta la legge 10, vale a dire in un caso, in cui non vi era stata costituzione in mora, come se ne può essere certo pe' commentari, e specialmente per quello di Pothier(8).

Inutilmente direbbesi, che vi è pure mala fede da parte del donatario, che non si è affrettato di adempiere alla condizione. Il donatario attendeva l' interpellazione: dippiù possiede, ed *in pari causa melior est causa possidentis* (9).

359. Abbiamo detto qui sopra, che la condizione produce il suo effetto di pieno dritto. Menochio pretende, che il modo non produce il suo effetto, che quando vi è interpellazione (10). Questa proposizione non è perfettamente esatta ne' legati e nelle disposizioni testamentarie, e bisogna temperarla con una distinzione. Se

(1) L. 16, D., *De usu et usufruct.*

(2) L. 13, §. 1, D., *De pollicitat.*

(3) Il caso risoluto da Modestino mi ricorda quello, che ho letto nel Giornale *de' Debats* nella data del 30 settembre 1850, che un individuo di Rouen aveva fatto alla Città di Rouen ed alla Città di Caen un legato di 20mila franchi per ricompensare la più bell' azione con incarico, che la distribuzione di 20mila franchi sarebbe luogo nella festa del Re, e non in un altro giorno, e farebbe parte del programma della festa. — V. al dippiù Furgole VII. 3, 85.

(4) Sopra n. 326. Furgole, VII, 3, 108.

(a) Il testo dice — « che d'altronde non procedono « *che* dalla sua negligenza ecc. » — ma evidentemente è un errore tipografico, perocchè sarebbe il senso totalmente invertito. *Il traduttore.*

(5) Ricard, Disposizioni *condit.*, n. 89.

(6) Diocleziano e Massiminiano, l. 10, C., *De condic. ob. turp caus.*

(7) Art. 1178, Cod. Nap. Pothier, *Oblig.* n. 213 Sopra n. 318.

(8) Pothier, *Pand.* t. I. p. 363, note 5 e 6

(9) Art. 1139 C. Nap. — Toullier t. VI. n. 211 *Più basso* sull'art. 953.

(10) *De Praesumpt.* 4. 175, 18.

Digitized by Google

l'epoca dell'adempimento è determinata, non vi è bisogno d'interpellazione, perchè il termine è di rigore (1), a meoochè il legatario non possa provare una forza magg ore (2), ed è decaduto, se lascia decorrere il termine fatale senza esecuzione. Ma se non vi è termine prefisso, bisognerà mettere ia mora il gratificato (3).

360. In quanto agli atti tra vivi l'ar'. 1139 del Codice Napoleone porta la decisione seguente: « Il debitore è costituito in mora sia « per una interpellazione o per un altro atto « equivalente, sia per effetto della convenzio- « ne, quando contiene, che senza bisogno di « atto e per la sola scadenza del termine, il « debitore sarà in mora » (a).

Da ciò segue, che quando anche la donazione portasse un termine fisso, non si potrebbe dire qui, come sotto il dritto romano: *Dies interpellat pro homine*, perciocchè la sola scadenza del termine non produce più interpellazione di pieno dritto, come avveniva secondo la legge 12, C, *De cont. et committ. stipul.*, ma bisogna, che vi sia stata nel contratto clausola espressa; che l'obbligato sarà in mora per la sola scadenza del termine, senza bisogno di atto. In tutti gli altri casi l'interpellazione è necessaria (4).

361. In mancanza di adempimento del modo la disposizione si trova risoluta non solamente per rispetto al legatario, ma anche relativamente all'acquirente dell'uno o dell'altro. Imperciocchè *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* (5). Il legatario o donatario non avendo, che una proprietà risolubile, non ha potuto alienare, che con questo peso, e veruna prescrizione avrà potuto decorrere contra di colui. a cui profitto la disposizione è risoluta (6). D'altronde l'acquirente ha dovuto conoscere il dritto del suo venditore (7).

Questo punto di giurisprudenza è stato perfettamente trattato da Loiseau (8) ed anche da Furgole (9), che ha fatto risaltare parecchie proposizioni erronee sfuggite a Ricard (10), guida in generale poco sicura, e del quale bisogna diffidare, malgrado gli elogi, che hanno fatto di lui gli scrittori moderni, poco al corrente dell'insieme delle sue dottrine.

362. Il peso non impedisce, che sin dall'origine la liberalità sia acquistata dal gratificato, dapoichè, come l'abbiamo di già detto, non produce alcun effetto sospensivo. Da che procede, che il non adempimento del modo prima della morte del legatario non è un ostacolo, onde la disposizione passi all'erede di questo legatario, quando esso è trasmessibile di sua natura; il che costituisce una nuova differenza tra il modo e la condizione, per locchè la condizione impedisce la trasmessione agli eredi, se il legatario muore prima del suo adempimento (11).

363. Il modo forma un vero fedecommesso, e dispone secondo l'art. 1121 del Codice Napoleone (b). Così istituisco Sejo, affinchè dia 100 franchi a Sempronio. Sempronio, che si trova nel modo, è per tal guisa l'obietto di una disposizione; Sejo è gravato verso di lui di un fedecommesso, e Sempronio ha azione per farsi pagare. Secondo i principî dell'antico dritto romano, il terzo, che non era stato parte nel contratto di donazione, non aveva azione per dimandare la cosa, che costituiva il peso. Ciò era fondato sull'applicazione rigorosa della regola, che i contratti non hanno effetto, che tra le parti contraenti. Ma la legge 3, C., *De donat*, *quae sub modo* cambiò questo stato di cose, e stabilì, che il terzo, a favore del quale il donante aveva apposto un peso nella sua donazione, aveva un'azione *juxta donatoris voluntatem* (12).

Se dunque i Giureconsulti hanno potuto dividersi sulla quistione di sapere, se la condizione dispone (13), sono stati sempre di accordo sul principio, che il modo, sia negli atti tra vivi, sia negli atti di ultima volontà, forma disposizione, ed ha la virtù di un fedecommesso.

364. Come il modo è un peso di dare o di fare, ne segue, ch'è sempre potestativo o misto; non può mai essere casuale, dapoichè ciò ripugna alla sua essenza (14).

365. Non è fuori di proposito di esaminare qui la quistione, se il peso può eccedere l'emolumento.

Dapprima cominciamo dal dire, che non intendiamo di parlare de' legati e de' debiti, dei quali gli eredi, i legatari universali, o a titolo universale possono essere virtualmente onerati. Questa materia sarà trattata sotto gli articoli 1009 e 1012 del Codice Napoleone (15). In quanto al modo, nel quale i donatari universali o a titolo universale sono caricati dei debiti, ne parleremo nel nostro commentario dell'art. 945 (16).

(1) L. 46, D., *De cond. et demonst.* L. 41, § 12, D., *De fideic. libert.*
(2) L. 41, § 12, D. *De fideic. libert.*
(3) Furgole VII, 3, 113.
(a) A quest'articolo corrisponde l'art. 1093 delle nostre Leggi Civili. — *Il traduttore.*
(4) V. per l'antico diritto Furgole VII, 3, 113.
(5) L. 20, D., *De acqu. rer. dom.*
(6) L. 3, § 3, C., *Comm. de legat. et fideic.*
(7) Furgole VII, 3, 89 e seguenti.
(8) *Déguerp.* VII, 3.
(9) *Loc. cit.*
(10) *Disposit. condiz.* n. 81 e seguenti.
(11) Furgole VII, 3, 110.
(b) Art. 1075 delle nostre Leggi civili. *Il traduttore.*
(12) Pothier, *Obblig.* n. 71. Furgole VII, 3. 109, e sulle *Donazioni* quest. 5. Voet 35, 1, 12 e 39, 6, 9.
(13) *Sopra* n. 296.
(14) Furgole VII, 3, 111.
(15) *Più basso* n. 1835 a 1845 e 1857 a 1863.
(16) *Più basso* n. 1214 a 1221.

Digitized by Google

Non ci occupiamo qui, che de' pesi e dei modi, che una volontà speciale del testatore unisce alla sua disposizione per risolverla nel caso di non esecuzione.

Abbiamo detto qui sopra, che il modo, non essendo altro, che una modificazione della disposizione, non deve distruggerla (1). D'onde siegue, che il peso non può eccedere il valore della liberalità, e ch' è inutile per lo eccesso. « *Hoc solum observandum est*, dice Giustiniano, *ne plus quisquam rogetur alicui restituere quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur* (2). » Così per esempio, vi dono 100 franchi, se voi date 150 franchi a Pietro, cui li debbo. Se si vuole, che questa disposizione non casca nel ridicolo, bisogna ridurla ad un mandato di pagare 100 franchi a Pietro, e togliere il dippiù come inutile.

La ragione n'è, che il beneficio non può essere a veruno oneroso, altrimenti se ne distruggerebbe la natura. Indarno si direbbe, che il donatario o il legatario si sono legati mercè la loro accettazione, e che non possono più ricusare un peso, cui hanno consentito. Imperciocchè questo principio non è affatto applicabile per la ragione, che nonostante l'accettazione della liberalità, le leggi non permettono, che il peso possa obbligare al di là dell'emolumento, e lo rigettano nell'eccesso, *nam quod amplius est, inutiliter relinquitur* (3). Da che siegue, che l'accettazione è nulla relativamente a tale eccesso. Questa è la regola.

Però si comprende, che per farne una sana applicazione, bisogna tener conto di una folla di circostanze, dall'estimazione delle quali può dipendere la valutazione dell'emolumento. Allora si cade nel fatto, e la regola si modifica secondo la specie.

366. Vediamo dunque qualche caso particolare. Un legatario ha accettato il legato fattogli col peso di vendere un bene o un fondo, che gli appartiene. Sarà egli obbligato di adempiere il peso, benchè ecceda il valore della liberalità, che ha ricevuto? Certamente, dapoichè in questo caso si presume, ch'egli, non abbia estimato il suo fondo, se non tanto, quanto la liberalità, che ha ricevuto (4).

La stessa decisione deve aver luogo ogni volta che la cosa donata è di un valore indeterminato, e che il donatario ha potuto metterci un prezzo di affezione (5). Abbiamo veduto qui sopra altre specie (6).

367. Ricard insegna, essere sì forte il principio, che la liberalità non deve pregiudicare ad altri, che se la cosa legata viene a perire tra le mani del legatario senza sua colpa, egli si trova esonerato dall'adempimento del peso (7). Si fonda sulla legge 96, § 2, D., De leg. 1: « *Si tibi servus legatus fuerit, et petitum a te, ut Titio aliquid praestares usque ad pretium servi, deinde servus decesserit, nihil fideicommissi nomine praestare cogendus eris* ».

Questa legge sembra al primo colpo d'occhio positiva; però molti interpreti le danno un senso diverso. Secondo loro essa non dev'essere intesa del caso, in cui lo schiavo è perito nelle mani del legatario, ma solamente del caso, in cui lo schiavo è perito prima della prestazione del legato (8). D'altronde essa sarebbe inapplicabile per sostenere l'opinione di Ricard, nè farebbe, che confermare il principio contenuto nella legge 70, D., *De leg.* 2, che contiene, che un individuo gravato di un fedecommesso, non è obbligato alla prestazione di questo fedecommesso, che in quanto la cosa, sulla quale è ordinato, perviene nelle sue mani.

Nondimeno dobbiamo dire, che nulla nel testo indica doversi essa prendere in questo senso: d'altronde tutt' i dubbi si dileguano, se si combina con la legge 24, §. 16, D, *De fideic. liberat.*, nella quale Ulpiano nettamente decide, che la buona fede del legatario non dev'essere ingannata, e che avendo contato su di uno emolumento, bisogna che non trovi una perdita (9).

Il perchè abbiamo veduto, secondo il Giureconsulto Paolo (10), che l'obbligazione di dare diminuisce in misura, che la cosa legata prova una diminuzione; il che è l'applicazione del principio, che il legatario non deve perdere.

In verità abbiamo citato qui sopra (11) l'opinione del Presidente Fabro (12), il quale pensa, che nelle donazioni con peso è d'uopo decidere, che se la cosa donata viene a perire, il donatario deve continuare ad adempire questo peso anche *de suo*. Però ciò dipende da che vi è una specie di pensiero di commercio nelle donazioni onorose, e che il donatario si è esposto ad un *alea* (13).

(1) N. 274 o 280.
(2) Instit. *De sing. reb. per fideic. relict.* § 1.
(3) Inst. *loc cit.* L. 114, § 3, D., *De leg.* 1. Furgole VII, 1, 59 e seguenti. Ricard, *Disp. cond.*, n. 201 *Appresso* n. 1217.
(4) L. 70, §. 1, D. *De leg.* 2 Cujacio su questa legge lib. 20. *Quaest. Papin*
(5) Furgole VII, 1, 63, 64. Ricard. *Dispos. cond.* n. 109, 281, *Infra*; n. 1219.
(6) N. 69.
(7) N. 102.
(8) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 299 nota sulla legge precitata.
(9) Merlin, Repert., v. *Legato*, p. 285, n. 16.
(10) N. 347.
(11) N. 69.
(12) Codice, 8, 37, 4.
(13) Se la persona, in favore della quale il peso era apposto, si trovasse incapace di raccoglierlo, la sua incapacità profitterebbe al gravato. L. 1, § 7, C., *De cad. toll.* Merlin, Repert. v. *legato* p. 822, n. 10.

Digitized by Google

368. In quanto al modo, che contiene semplicemente un nudo precetto, si deve dire, che in generale non si è strettamente obbligato all'osservanza di que' precetti, che non sono la condizione di alcuna disposizione speciale, e che il testatore ha soltanto ordinati per provare la sua autorità. Nondimeno non bisogna disprezzarli tutt'affatto, dapoichè la riconoscenza esige, che siano adempiti, a menochè non si provi un pregiudizio reale senza alcuno corrispettivo di utilità (1).

Questa specie di precetti non sono pienamente obbligatori, che in quanto sono congiunti ad una disposizione, della quale sono il modo, ovvero che il testatore ha aggiunto una clausola penale (2).

369. Ci occuperemo ora della dimostrazione.

La dimostrazione è la spiegazione, che dà il disponente di una o più circostanze, che servono a caratterizzare la cosa o la persona, che forma l'obbietto della sua liberalità (3).

Qualche volta si può confonderla con la condizione, come per esempio: « Vi dono la mia giumenta che partorirà: » Nondimeno la linea di demarcazione, che separa l'una e l'altra si scorge con un poco di attenzione, dapoichè la dimostrazione indica il più sovente una circostanza passata, mentre la condizione indica una circostanza futura. Così nell'esposto esempio vi è condizione, ma la disposizione diverrebbe dimostrativa, se il testatore avesse detto: « Vi dono la mia giumenta, ch'è partorita (4) ».

370. Bisogna distinguere la dimostrazione dalla determinazione. La determinazione è una clausola, che racchiude l'oggetto legato in una certa classe, in una certa specie, e che lo circoscrive *loco vel re*, come dicono gl'interpreti; d'onde siegue, ch'essa affetta la sostanza della disposizione, *legato cohaeret*, e che se si trova falsa, il legato è nullo. Per esempio: « Dono a Tizio li 10mila franchi in oro, che sono rinchiusi nel tiratojo del mio forziere. » Non ho voluto donare a Tizio in generale una somma di 10mila franchi, ma tassativamente i 10mila franchi, de' quali ho indicato il deposito e la specie (5). Se non si trova nulla nel tiratojo, non sarà dovuto nulla, dapoichè la determinazione, di cui mi sono servito, è essenzialmente annessa al legato, di talchè il legato non esiste, che per la determinazione, che lo precisa. Il che i Giureconsulti chiamano un legato limitativo o tassativo (6).

371. Per contrario la semplice dimostrazione non è, che l'enunciazione di una qualità descrittiva o accessoria, e nullamente sostanziale, aggiunta dal testatore per caratterizzare l'oggetto e non per circoscriverlo. Questa dimostrazione versa soltanto sugli accessori, nè tocca affatto la sostanza del legato; *legato non cohaeret*, e conseguentemente può essere falsa senzachè ciò nuoccia alla validità del legato, perocchè *non solent quae abundant vitiare scripturas* (7). Il che fa dire a Voet (8): « *Cujus ea ratio videtur quod quicquid demonstrandi gratia additur rei, jam satis demonstratae, frustra est, ac velut pro non scripto habendum: ac supervacua scriptura legato non nocet.* »

372. Questo legato si chiama legato dimostrativo in opposizione al legato limitativo, e se ne scorgono le differenze; l'uno non esiste, che per la determinazione, l'altro per lo contrario si trova perfetto nonostante la dimostrazione, comechè la cosa legata è sufficientemente dimostrata, e *per se stat*.

Quando dico per esempio: « Vi lego la mia casa di campagna di *Rotours*, che ho acquistata da *Lefèvre*, » questo ultimo membro della frase è semplicemente una dimostrazione, e vi è soltanto per dare una più completa descrizione dell'oggetto legato. Se si scoprisse, che la casa, di cui si tratta, non è stata comprata da Lefèvre, questo errore non vizierebbe il legato, dapoichè la casa di campagna legata si trova sufficientemente designata col suo nome (9).

373. In teoria nulla di più semplice della differenza tra il legato limitativo ed il legato dimostrativo, ma nulla di più arduo nell'applicazione: Si veggono i casi variare all'infinito e presentarsi con una ambiguità, dalla quale spesso ha la mente molta pena a sbarazzarsi.

Una delle specie, che più di frequente si presentano, è questa: « Lego a Tizio 10 mila franchi da prendersi sulla mia tenuta di S. Marco. » Il testatore ha forse voluto, che queste parole: « *da prendersi sulla mia tenuta di S. Marco* » formassero una determinazione di tal sorte, che la tenuta fosse affetto al legato, e che se la tenuta non esiste, non vi sia legato? Ovvero il testatore ha parlato della tenuta di S. Marco dimostrativamente, vale a dire per indicare soltanto un mezzo più facile di pagare il legato? Gli arresti hanno sovente pronunziato di una maniera contraria, benchè il più sovente un legato di

(1) L. 114, § 14, Dig, *De legat.*, 1. L. 38, § 4, Dig., *De legat.* 3.
(2) Voet, 35, 2 15.
(3) Voet, 35, 1, 2.
(4) L. 34, § 1. D., *De cond. et demonst.* Voet. *loc. cit.* 6. Pothier, *Pand.* 1. II, p. 494, n. 223.
(5) Papiniano l. 51, D., *De leg.* 1. (*Quaest.* lib. 4).
(6) Voet. 35, 1, 4, Vinnio, *Quaest. select*, 2, 27. Furgole, VII, 3, 55 e seguenti. Ricard, *Donat.* n. 326. D'Aguesseau, *Aringa nella causa Ventadour*. Merlin, Rep. v. *Legato* p. 323, n. VII, e v. *Chi*.
(7) L. 94, D., *De Reg. juris.*
(8) 35, 1, 4.
(9) Cajo, l. 17, D. *De cond. et demonst.*

qu sto genere sia stato considerato como dimostrativo (1).

Per chiarire questa quistione a tutte le altre, che vi si legano, non si può fare meglio, che meditare l'aringa pronunziata da d'Aguesseau, allora Avvocato generale, nella causa della signora di Veatadour. Ecco quello, che se ne raccoglie (2).

« A fin di giudicare della qualità limitativa o dimostrativa di un assegnato, alcuni « autori avevano immaginato una grossolana « distinzione, legata alla scorza ed alla lettera, dipendente servilmente dalla disposizione delle parole, e sovente contraria allo « spirito del testatore. Se l' assegnato vale « a dire il corpo certo destinato ad assicurare il legato, è scritto il primo nel testamento, allora, essi dicono, il legato è limitativo; se al contrario è scritto soltanto nella « frase seguente, il legato è fatto per semplice « dimostrazione. Loiseau (*Trattato della distinzione delle rendite, lib. 1, cap. 8, n.° 13*). che ha trattato questa materia con più « solidità di tutti gli altri autori, rigetta con « ragione questa distinzione bizzarra, più degna di un grammatico, che di un giureconsulto. »

« La seconda distinzione o la seconda regola è quella, di cui Bartolo è l'autore, che « Dumoulin ha adottato, e che Loiseau riguarda come una risorsa, che può essere di « un gran soccorso nelle interpretazioni dei « testamenti. »

« Fa d'uopo, dicono questi autori, distinguere tra due casi differenti: o il corpo « certo, che fa la materia della contestazione, « è messo nella stessa sostanza del legato, nei « termini energici, che contengono la disposizione, ed allora si presume, che il testatore « ha voluto limitare la sua liberalità, riducendola a questo corpo unico, che è stato il « primo obietto delle sue intenzioni; o per lo « contrario il corpo certo non si trova nel legato, nella disposizione stessa, ma nella clausola, che concerne l'esecuzione del legato, « che indica la maniera di pagarlo; ed allora « il corpo certo non forma più una condizione necessaria, ma è semplicemente una dimostrazione favorevole, fatta dal testatore « per indicare al suo erede o al suo legatario in qual genere di effetti potrà essere la « sua volontà più facilmente adempita. »

« Se per esempio il testatore ha detto: *Dono i 100 scudi, che Tizio mi deve*, il corpo, « l'effetto certo, il debito di Tizio si trova nella « disposizione. Sicchè la legge 108, §. 10, D., « *De leg.* 1.° e la legge 8, §. 2, D., De leg. « 2.° decidono essere il legato limitativo (3).

« Se al contrario il testatore ha detto: *Dono « 500 doppie a Tizio, e voglio, che il mio « colono di una tal terra gliele paga*, la designazione, l'indicazione del pagamento non « si trova nella clausola, che contiene la disposizione, ed è messa unicamente nella clausola, che indica quale deve essere il pagamento del legato. Il testatore ha voluto dapprima legare in generale 500 doppie, in seguito ha indicato un fondo certo, sul quale « il suo legatario potrebbe prenderle. È una « semplice dimostrazione, che può servire al « legatario, ma che non potrebbe nuocergli « (L. 27, §. 2, D., *De leg.* 3.°).

« Ma poichè si trovano delle clausole così « oscure, così equivoche, così confuse, che « non vi si può discernere ciò, che riguarda « la disposizione da quel, che concerne il pagamento o l'esecuzione, Loiseau osserva con « ragione, che la distinzione dei dottori è ancora imperfetta, poichè sovente non si può « rilevare ov'è la disposizione, ove l'esecuzione. Ed in tutti questi casi se i dottori sono « muti, la giustizia non deve esserlo, ed è d'uopo di una regola generale superiore alla diversità delle specie, indipendente dall'ordine e dalla distribuzione delle disposizioni. »

« La rettitudine della ragione naturale ha « mostrato questa regola a Loiseau; e dopo di « essersi per qualche tempo smarrito insieme « coi dottori, è ritornato infine nella sola via « sicura e naturale, il cui camino gli era tracciato dagli oracoli della giurisprudenza romana.

« Essi non si sono fermati come i dottori « moderni, all'a distinzione dell'assegnato limitativo e dell'assegnato dimostrativo. Queste « espressioni dure, nate dalla polvere della « scuola, erano loro ignote. A che dunque « essi soltanto si attaccavano? Alla volontà « del testatore. Allorchè appariva chiaramente, che la sua volontà era stata di legare un « corpo certo, non la estendevano al di là dei « confini, che era piaciuto al testatore d'imporre alla sua liberalità. Allorchè al contrario si vedeva, essere stato il suo scopo principale di legare una somma, una rendita, « un provvento fisso ed annuale, allora, di « qualisivogliat ermini si fosse servito, in qualunque ordine avesse egli disposta la seguela « dei suoi pensieri, non si guardava mai il « corpo certo, di cui aveva parlato, che come « un mezzo, una via più sicura, che avea « aperta al legatario, e che lungi da rendere il « suo legato più debole, più barcollante, più incerto, serviva invece a dargli un nuovo grado di favore di assicurazione e di fermezza. »

Così parla d'Aguesseau, e col seguire i sag-

(1) Paolo l. 27, § 2, D., *De leg.* 3.

(2) 51 Aringa — Bisogna pure vedere Furgole VII, 3, 35 e seguenti.

(3) V. nondimeno Fabro, *Conject.* lib. 5, Cap. 2, che pretende, essere utile il legato in questo caso, e Voet ad Pand. *De liberat. leg.*, che difende l' opinione abbracciata da d'Aguesseau. *Infra*, n. 1975.

Digitized by Google

gi consigli di questo illustre magistrato, siomo sicuri di arrollarci sotto le bandiere della retta ragione. Perlocchè mettiamo da parte le sottigliezze, alle quali si sono abbandonati gli interpreti, e riportiamoci puramente e semplicemente alla volontà del testatore (1).

374. Come l'imperfezione delle lingue il turbamento delle idee, che sovente si osserva nell'uomo, che la morte minaccia da vicino (balbutiens et semineeis lingua) (2), l'imperizia dei redattori degli atti fanno, che talvolta avviene di non potersi discernere al giusto la volontà del testatore, come delle congetture egualmente forti danno luogo a delle interpretazioni diverse, ma tutte probabili, si domanda ciò, che il giudice deve fare su queste quistioni di volontà, e che Loiseau chiamava *de apicibus juris*.

Gl'interpreti non han tralasciato di agitare questo punto controverso, e soprattutto si sono domandati, se nel dubbio il legato deve essere limitativo o dimostrativo. Dumoulin ha stabilito su questa difficoltà un priocipio egualmente sicuro e profondo. « *Expressio in du« bio censetur facta causa demonstrationis, « nisi hoc exprimatur, et clare de mente ap« pareat* (3) »

D'Aguesseau ha insistito sulla vera ragione di questa congettura. Nel dubbio si presume, che il testatore non ha voluto fare un legato inutile e derisorio, il perchè i giureconsulti ci dicono, che l'interpretazione deve sempre farsi nella mira piuttosto di fare valere l'atto che di annullarlo. Or siccome il legato dimostrativo, che gravita sopra tutti i beni, è molto più sicuro, molto più esteso nella sua esecuzione, e che serba dippiù gli effetti della benevolenza del testatore, non bisogna dubitare, che il testatore non sia stato più portato a questa specie di legato, che a quella, che limitando la sua liberalità, potrebbe sovente renderla dubbiosa ed incerta.

Tali sono le idee, con le quali il giudice deve trattare queste sorti di quistioni. Non ne passeremo in rassegna le specie. Mille circostanze fanno variare le soluzioni, e ci limiteremo a segnalare la specie di un arresto renduto dal parlamento di Tolosa, è ricordato da Furgole con dei dettagli interessanti ed instruttivi (4).

375. Abbiamo detto più sopra che la falsa dimostrazione non nuoce. Vi è nel Digesto una folla di decisioni, che Pothier ha riunito con l'ordine metodico nel quale è perfettissimo (5).

La Corte di Nîmes ha consacrato questa regola con un arresto de'28 di novembre 1824 decidendo, che un legato così concepito: « Lego al mio conjuge l'intiera donazione, che « mi fece dopo la nostra riunione innanzi « Notajo Roux, la quale donozione è di 5 mila « franchi », non poteva essere annullato nè ridotto a questa somma di 5 mila franchi, se la donazione, di cui è quistione, era molto più forte. Si considera che le parole, *la quale donazione è di 5 mila franchi*, formavano una dimostrazione, la falsità della quale non poteva iolluire sul legato della donazione (6).

376. La falsa dimostrazione della persona, alla quale si è legato, non nuoce più della falsa dimostrazione della cosa. « *Nam demonstra« tio plerumque vice nominis fungitur: nec « interest falsa an vera sit, si certum sit « quem testator demonstraverit* (7).

377. Ma onde la falsa dimostrazione non vizi la disposizione bisogna, che la designazione sia chiara, indipendentemente dalla dimostrazione, e che non vi sia equivoco nè sulla persona nè sulla cosa. Se cancellando la dimostrazione, non si potesse conoscere quel che è legoto, o a chi è stato legato, allora il legato

(1) Lo legge 25, D., *De liberat legat.*, è una delle autorità invocate su questa materia, ed ha dato luogo a molte controversie. V. Cujacio su questa legge, *Quaest. Pauli*, 10, e Fabro *Conject.*, 5, 2.

(2) L. 15, C. *De testamentis*.

(3) Sopra Parigi § 9, gl. 2, o. 7. *Aggiungi* § 18, gl. 1 o. 21.

(4) VII, 3. 58 — Vi sono altri arresti riportati da Merlin, Repert., v° *Legato*, pag. 324 e 325, per esempio.

Arresto del parlamento d'Aix da'12 di marzo 1652, che giudica, che il legato di una certo somma *esistente in un forziere*, è *limitativo*.

Idem Del 23 gennaro 1671, che giudica, che un legato di 300 franchi dovuto alla testatrice da una confraternita, divenuta insolvibile dopo la sua morte, non poteva essere dimandato sugli altri beni lasciati agli eredi (Limitativo)

Idem Il signore di Montmège lega alla signora di Peyraux sua sorella 30 mila franchi, dovutegli dal tesoriere dello straordinario delle guerre, che vuole ed intende, che ella ritiri Si tessa, che una riduziono operata su questo genere di debito riduce a 27 mila franchi il credito di Montmège Giudicato non esser dovuti, che 27 mila franchi alla signora Peyraux (Limitativo) 1. settembre 1681, Parlamento di Parigi.

Idem. Legato di 30 mila franchi da prendersi su di una rendita dovuta dalla nominata Chauletto. Il testatora aliena la rendita, essendo in vita, e non rivoca il legato. Arresto de' 10 di gennaro 1645, che giudica, che non ostante l'alienazione della rendita una somma è dovuto *ex aliunde* al legatario (Dimostrativo).

Altro su di un legato di somma da prendere, che giudica lo stesso 11 di agosto 1667.

Altro simile de' 31 di agosto 1575 ec. ec.

Arresto, che giudica un legato di una somma a prendere limitativo; (probabilmente per le circostanze), 19 gennaio 1616.

Due altri simili riportati nel Repertorio.

Arresto della C di Parigi del 19 ventoso anno XI, che giudica, che un legato di una somma a prendere sulla tale terra designata, è nel dubbio piuttosto dimostrativo, che limitativo. (V. l'arresto alla sua data, collezione Devilleneuve).

(5) *Pand.* t. II. p. 495 n. 232 Vinnio *Quaes. select*, 2, 37.

(6) Dalloz, 25, 2, 31.

(7) L. 34, D., *De condit. et demonst.* Vinnio, *loc. cit.*

sarebbe limitativo. Sarebbe una determinazione e non una dimostrazione, ed il legato sarebbe inutile (1).

378. Qui sopra (2) abbiamo detto, che la falsa determinazione vizia il legato. Però se la determinazione fosse falsa solamente in parte, il legato si sosterrebbe sino alla concorrenza di ciò, che si troverebbe di vero. Supponiamo, che Pietro abbia legato a Francesco 10 mila franchi, che sono nel tale tiratojo, e che invece di questa somma di 10 mila franchi, se ne trova una di 5 mila, il legato varrà pei 5 mila franchi, e bisognerà dire, o che il testatore si è ingannato sulla cifra, o che ha voluto diminuire della metà il legato, che era originariamente nel suo pensiero (3).

379. Arriviamo alla causa aggiunta alle liberalità. Si chiama causa la ragione allegata dal defunto per spiegare ciocchè l'ha indotto a fare la liberalità. « *Causa est ratio legandi,* « *in praeteritum tempus collata.* » Tale è la definizione di Cujacio (4), che Voet ha seguito (5).

Non è senza ragione, che Cujacio dice *in praeteritum*, perocchè è ciò, che in parte distingue il modo dalla causa, il modo essendo *ratio legandi futura*, giusta la spiegazione dello stesso giureconsulto.

È vero, che in differenti testi delle leggi romane la parola causa è adoprata, applicandosi a delle cose future (6). Ma in questi casi la causa non è altra cosa, che il modo. Allora non è più solamente ciò, che la legge 72, § 6, D., *de condit. et demonst.* chiama *ratio legandi*, ma è un' obbligazione imposta al legatario; in altri termini è un modo (7).

I metafisici ed i dialettici si sono abbandonati a degli sviluppamenti estesi sulla definizione e le distinzioni delle cause, delle quali hanno creato più classi. Non è del nostro subietto di seguirli in queste sottili teorie. Coloro, che vorranno soddisfare la loro curiosità in tal riguardo, possono ricorrere alla logica di Aristotile, ai topici di Cicerone (8) a Suarez (9), a Leibnitz ecc. Tutte queste distinzioni possono in certi casi non essere inutili ai giureconsulti. Ed in effetti al celebre giureconsulto Trebazio Cicerone aveva diretto il trattato dei Topici, ove parla distesamente delle cause e delle risorse di argomentazione, che l' oratore può cavarne nelle sue difese innanzi del Pretore. Ma poichè non dobbiamo occuparci della causa sotto il punto di veduta dei dialettici, rimuoveremo queste distinzioni, che sono fuori del nostro subietto, e ne riterremo una sola, quella delle cause finali e delle cause impulsive, che è utilissima nel diritto (10).

380. La causa finale è quella, che consideriamo principalmente quando dobbiamo fare qualche cosa, quella, che principalmente ci determina a fare questa cosa, e verso della quale nell' agire la nostra volontà si dirige. È il principio ed il fine delle nostre azioni; il principio, perchè da essa ripetiamo l'intenzione di agire; il fine perchè essa è il nostro obietto principale nell' esecuzione. Mantica con ragione la chiama *Fons omnium causarum* (11).

La causa impulsiva ha un'influenza meno estesa sulle nostre azioni; è ben vero, che ci suggerisce la volontà di agire, ma ce la suggerisce secondariamente. Dopo di averci colpito e di avere destate le nostre idee, si apparta per dar luogo ad una intenzione più principale, più decisiva. Essa non ci dirige nell' esecuzione, ed impropriamente viene chiamata causa, perchè il suo vero nome è motivo secondo Baldo citato da Menochio (12).

381. Un esempio farà comprendere questa differenza, si sa, che una donna romana chiamata Calfurnia avendo postulato con una impudente sfrontatezza dinanzi del Pretore, questo magistrato emanò un editto col quale vietò alle donne di postulare in giudizio. L'azione di Calfurnia fu forse la causa finale dell' editto del pretore? Affatto; no fu solo la causa impulsiva ed accidentale. La causa finale, lo scopo del pretore fu di mettere un freno all' indecenza, che poteva risultare dall'o spettacolo delle donne, che mostravansi in pubblico e prendevano parte nelle dispute forensi. Senza questo scopo di pubblica utilità, senza quest' alta ragione di morale l' editto del Pretore non sarebbe stato renduto ; l' azione di Calfurnia avrebbe potuto dar luogo ad un divieto personale, ma non ad un regolamento generale. Nonpertanto quest' azione di Calfurnia ha avuto un'influenza sul pretore, l' ha più facilmente indotto ad emettere il suo editto, ed è stata l' occasione del suo divieto. Ecco perchè viene messa nel numero delle cause, o, per meglio dire, dei motivi. Però è dessa semplicemente impulsiva.

382. Tal è la differenza tra la causa finale e la causa impulsiva.

(1) Voet, 35, 1, 2 e seguenti. Vinnio, *loc. cit.*

(2) N. 374.

(3) Arresto del Parlamento di Parigi, causa di Montmége riportato nella nota finale del n. 374.

(4) Sulla l. 72. D., *De condit. et demonst.* (*Quaest. Papin.* lib. 18).

(5) *Causa est quae testatorem movet ad legandum, et legatum antecedit.* Lib 35, tit. 1, n. 9.

(6) V. D., il titolo, *De condictio e causa data, causa non secuta.*

(7) Furgole, VII, 3, 11.

(8) V., n. 4, e sopratutto 15, 16, e 17, ove parla delle cause efficienti e non efficienti, e di molte sotto-distinzioni, delle cause permanenti o passaggiere ec. ec.

(9) *De metaphisica.*

(10) Furgole, VII, 3, 9; V, 4, 22 e seguenti Menoch., *De Praesumpt.*, IV; 24 Henrys, t. II, pag. 572.

(11) VI, 14, 7.

(12) *Loc. cit.* n. 18.

I giureconsulti romani, che sono perfettissimi nell'arte del ragionamento, hanno compreso, che questa differenza era di una grande importanza per interpretare la volontà di un testatore, quando all'espressione della sua volontà si aggiungeva l'enunciazione di una delle cause di questa volontà. Ma se la causa della liberalità si trova falsa, la liberalità sarà nulla? Codesta quistione non poteva essere risoluta, che analizzando gli elementi, di cui si compone la disposizione, ed esaminando accuratamente, se la causa espressa dal testatore, e che si suppone di averlo diretto, è finale o impulsiva. Se è finale, e che si presenta con tali circostanze, che non vi è dubbio, che senza questa causa il testatore non avrebbe fatto il legato (*alias non legaturum fuisse*) (1) la falsa causa vizia la disposizione; il che Menochio ha ridotto in assioma: *Cessante causa finali apposita, dispositio testatoris inutilis est* (2).

Se al contrario appare, che non è che impulsiva, allora non è essenzialmente legata alla liberalità; *ratio legandi legato non cohaeret* (3). La liberalità prende la sua sorgente non nella causa espressa, la quale ha ben potuto suggerire l'idea di donarla, senza esserne stata la causa determinante e finale, ma nella volontà del testatore di donare e di gratificare indipendentemente da ogni altra circostanza. Allora la causa falsa non vizia; la quale distinzione vera e profonda è enunciata dal principe dei giureconsulti romani, Papiniano, nella legge 72, § 6.D., *De condit. et demonst.* La legge 92, D., *De haered. inst.* ne contiene una memorabile applicazione.

383. Cicerone cita nel numero delle cause celebri del suo tempo quella di un soldato, di cui si era falsamente annunciata la morte alla armata (4). Il padre ingannato da questa nuova, e non volendo morire intestato, aveva istituito un erede di sua scelta, ed era morto con l'opinione che suo figlio non esisteva più. Però in appresso questo ultimo ricomparve, e venne a dimandare al Tribunale dei Centumviri la restituzione della paterna eredità. La quistione si era, se la falsa causa, che aveva determinato il padre a testare, era impulsiva o finale. Cicerone non ci fa conoscere la decisione del Tribunale, ma è evidente, che la causa era finale, e che il padre non avrebbe fatto un testamento per diseredare suo figlio, se avesse saputo, che suo figlio viveva. « *Alias* « *non legaturum fuisset.* »

Questa decisione è tanto più certa, che si trova consacrata dalla famosa legge 92, D., *De hered. instit.*, della quale abbiamo parlato, e che pone un caso presso a poco simile.

384. Ma non potrebbe essere lo stesso nella specie, che segue: la signora d'Authielle fece donazione a Luigi Carlo de Limoges della terra di Pernelle in Normandia con peso di usufrutto. Più tardi ella dimandò la nullità di questa donazione, perchè, diceva di aver creduto di averla fatta al figlio del nipote di suo marito, mentre in realtà non l'aveva fatta, che ad un figlio adulterino.

Venne provato, che la signora d'Authielle non aveva potuto ignorare il vizio della nascita di Limogeo, ma ella pretese che, siccome questo ultimo era stato riconosciuto da suo padre, comunque nato da un commercio adulterino, aveva creduto questa ricognizione valida, ed avea ignorato, che in diritto era contraria alla legge.

Arresto della Corte di Parigi, che dichiara valida la donazione. Ricorso in Cassazione. Con arresto de' 13 di giugno 1826 la Corte di Cassazione ha deciso, che l'errore di dritto non poteva viziare la donazione, che in quantochè quest'errore fosse la causa veramente determinante (vale a dire la causa finale) della donazione: che nello specie la donazione era stata fatta a Limoges, non solamente per l'attaccamento della donatrice alla famiglia di Limoges, ma anche per l'interesse, ch'ella portava alla persona del donatario; che perciò la sua qualità di figlio legittimo del nipote della signora d'Autielle non era stata la causa finale, e che la donazione non poteva essere viziata per falsa causa o errore di dritto (5).

385. Nel dubbio la causa dev'essere ritenuta per finale o impulsiva?

Menochio sembra credere, che basti, che la causa sia espressa per dover essere considerata come finale (6). Questa opinione è con ragione confutata da Furgole (7), che si fonda su termini stessi della legge 72, §. 6, di già citata. D'altrondo nel dubbio bisogna sempre decidersi per lo partito, che tende a fare valere la disposizione. Ora la causa impulsiva è più favorevole, perchè malgrado la sua falsità non attenta al legato. Epperò sembra, che la causa dev'essere riputata impulsiva, a menochè non risulta chiaramente, ch'è finale (8).

386. Come or ora dicevamo (9), sovente avviene, che la causa si confonde col modo, ed è quando ha per oggetto un fatto futuro. Allora si può dare per regola, che ogni volta che

(1) Papiniano l. 72 § 6, D., *De cond. et demonst.*— D'Olive, 5, 17. V. *infra*, n. 500 e seguenti.

(2) *De praesumpt.* IV, 24. *Aggiungi* Mantica, *De conject. ult. vol* VI, 14, 7, e seguenti.

(3) Papiniano l. 72. § 6, D., *De cond. et demonst.* *Aggiungi* Cajo l. 17. § 2, D., e Giustiniano, Instit., *De legatis*, § 31. con la parafrasi di Teafilo.

(4) *De oratore*, 1, 38.

(5) Dalloz, 26, 1, 367. *Infra* n. 503.

(6) *Loc. cit.* n. 24.

(7) V. 4. 24.

(8) Mantica *loc. cit.* n. 15 secondo Baldo.

(9) N. 379.

la causa ha per obbietto l'interesse del legatario, come *lego a Tizio, affinchè compri un cavallo*, questa causa è puramente impulsiva, ma se ha per obbietto l'interesse di un terzo o qualch'altra considerazione, è finale (1).

387. Quando la causa è condizionalmente espressa, è finale. La forma condizionale adoprata dal testatore indica sufficientemente aver egli voluto, che la sua disposizione dipendesse dalla verità della condizione richiesta. Se egli ha detto per esempio, *dono* 100 *franchi a Tizio, se ha preso cura de' miei affari*, il legato non varrà, che in quantochè Tizio avrà amministrato gli affari del defunto, senza di che sarà inutile (2).

388. Tutto quello che abbiamo detto sulla falsa causa ne' legati, si applica ancora alla falsa causa nelle donazioni tra vivi (3).

389. La causa contraria a' buoni costumi dev'essere giudicata secondo le distinzioni fatte per la falsa causa. Se la causa contraria ai buoni costumi è impulsiva, è considerata come non scritta, *quia legato non cohaeret*. Ma se è finale, annulla la disposizione per lo intero, perocchè non si può cancellarla, senzachè la disposizione, che l'è essenzialmente legata, non cessa con essa (4).

390. Un'altra modalità, di cui bisogna, che ci occupiamo, è il termine apposto alle liberalità. Secondo le disposizioni del dritto romano l'istituzione di erede, vale a dire l'atto, che serviva di fondamento al testamento, non poteva esser fatto *ex die aut ad diem*. Per esempio non si poteva dire: « Instituisco Tizio per « mio erede cinque anni dopo la mia morte; » ch'era l'istituzione *ex die*. Non si poteva dire neppure: « Instituisco Tizio per dieci anni; » ch'era l'istituzione *ad diem*. Nell'uno e l'altro caso il termine apposto era considerato come non scritto.

La ragione di ciò era che il testatore sarebbe morto *partim testatus*, *partim intestatus*, il che le leggi espressamente vietavano (5). Dicevamo, che sarebbe morto *partim testatus, partim intestatus*, perocchè nel caso dell'istituzione *ex die* il testatore non avrebbe avuto erede testamentario per cinque anni, ed avrebbe avuto un erede instituito, che dopo cinque anni. Nel caso dell'istituzione *ad diem* il testatore non avrebbe avuto erede, che per dieci anni, dopo del qual termine la successione sarebbe stata deferita *ab intestato*. Nell'uno e nell'altro caso si sarebbe ugualmente contravvenuto al principio del dritto romano, che non ammetteva un intermedio tra il morire *testato* o *intestato*. Si considerava dunque il termine come non scritto. Non era però lo stesso quando il termine apposto era incerto, come per esempio: « Lascio la mia eredità a Tizio pel tem« po, in cui sarà capace. » Perciocchè, come fra un istante vedremo, il termine incerto forma condizione, e nulla vietava di fare una istituzione di erede condizionale (6).

Tutto ciò può sembrare bizzarro, ed in effetti nulla l'era più di questo spirito assoluto, che voleva tutto o nulla in una successione. Nondimeno non si saprebbe trovare dell'inconseguenza nell'ammessione della condizione ed il rigetto del termine in quel, che riguarda la istituzione di erede. Dapoichè l'instituzione condizionale non può giammai fare cadere negli inconvenienti del *partim testatus, partim intestatus*, mentre questi inconvenienti sono inerenti nell'apposizione di un termine. Delle due cose l'una; o la condizione si verifica, o non si verifica. Se si verifica, produce un effetto retroattivo, ed allora è come se l'erede fosse stato instituito puramente e semplicemente; o non si verifica, ed allora la successione viene deferita *ab intestato*. Non vi è dunque la lacuna, che produce il termine, il quale non retroagisce, e lascia un dato tempo senza erede testamentario (7).

391. Osserviamo, che il divieto di apporre un termine non esisteva pel testamento militare, dapoichè non vi si osservava la regola, che niuno può morire *partim testatus partim intestatus*.

Non esisteva neppure relativamente ai legati.

392. Queste distinzioni sono scomparse dalla nostra legislazione. Presso di noi le istituzioni di erede sono dei veri legati, epperò possono essere accompagnate da un termine, ed il dritto romano su questo punto non è applicabile ai nostri testamenti.

Ciò stabilito, esaminiamo quel che concerne il termine (8).

393. Il termine può essere certo od incerto.

Il termine è incerto non solamente quando è incerto, se arriverà, ma anche quando essendo certo, che arriverà, non si sa quando arriverà (9).

Per esempio: « Tizio mio erede darà 100 « franchi in tempo della sua morte a Stico

(1) Mantica, VI, 14, 15. Furgole, VII, 3, 11, giusta le leggi 2, § ult. 3, D., *De donat.*, e 3, D., *De condict. causa data causa non secuta*.

(2) L. 17, § 3, D., *De cond. et demonst.* Cujacio sulla legge 72, § 6, D., *De cond. et demonst.* (*Quaest. Papin.* lib. 18). Voet 35, 1, 9. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 497, 3, 239.

(3) Cujacio, *loc. cit.* Ricard, *Donat.* 3. parte n. 310. V. *infra* sull'art. 1030.

(4) Pothier, *Oblig.* n. 43. *Infra*, n. 631.

(5) L. 7, D. *De Reg juris*.

(6) V. il Dig. *De cond. instit.*

(7) Doneau, VI, *Com.* 13, n. 3 e Vinnio, *Partit. juris*, 1, 38.

(8) Cujacio sulla legge 75, D., *De condit et demonst.* (lib. 34, *Quaest. Pap.*); Averanio, *Interpret. juris.*, 2, 16 Voet, 36, 2.

(9) Furgole VII, 3, 27.

« mio schiavo. » È ben certo, che Tizio morrà, ma l'epoca della sua morte è incerta; dunque questo termine è incerto (1).

Il giorno incerto equivale ad una condizione nei testamenti. « *Dies incertus conditionem* « *in testamento facit* (2). »

Così Tizio lega 100 franchi a Cajo, quando il figlio di questo si mariterà. In questa disposizione vi è meno un termine, che una condizione (3).

394. Ma, si dirà, non vi è veruna differenza tra il termine incerto e la condizione? Senza dubbio vi è una differenza, perchè ogni condizione è un termine incerto, ma ogni termine incerto non è una condizione: *omnis conditio*, dice Cujacio, *est dies incertus, non contra*.

Il termine incerto non forma condizione, se non quando vi è possibilità, che il legato non sia dovuto. « Dono 100 franchi a Tizio, « quando il mio erede morirà. » È molto possibile, che questa condizione non si verifichi, se per esempio Tizio venisse a morire prima dell'erede. Si comprende, che allora vi è incertezza sull'esistenza del legato, la quale si trova sospesa da un avvenimento futuro. La disposizione è dunque condizionale, e nel caso di premorienza di Tizio, questo ultimo non trasmetterà nulla ai suoi eredi.

Ma se il termine incerto non può non scadere, non forma più condizione, ma forma un termine « Dono 100 franchi a Tizio, quando « morrà. » In questo caso non è possibile, che il legato non sia dovuto a Tizio; epperò nulla d'incerto: niun effetto sospensivo, e per conseguenza niuna condizione. Se Tizio muore dopo dell'erede, l'erede di questo sarà obbligato verso l'erede di Tizio. Vi sarà bensì una dilazione per lo pagamento, ma questa dilazione deriverà non dalla condizione ma dal termine. E se l'erede avesse pagato al legatario prima della scadenza, non potrebbe nulla ripetere, mentre ciò starebbe nella sua facoltà, se vi fosse una condizione.

Da codesti principii Cujacio ha cavato questa regola, che esprime con quel linguaggio chiaro e preciso, che verun giureconsulto possiede meglio di lui. « *Dies incertus conditio* « *est, si dies legati possit non cedere*; *con-* « *ditio non est, si non possit non cedere*(4). »

395. Di qui partendo, bisognerà considerare come giorno incerto, che forma condizione, quello, che si riferisce all'età certa, nella quale vuole il testatore, che il legatario riceva il legato. Sentiamo Voet: « *Et ad hunc diem* « *incertum plane reduci debet aetas certa,* « *qua testator legatario legatum praestari vo-* « *luerit, veluti, cum puber, cum major annis* « *erit, cum in familia nupserit ecc.; adeo ut* « *legatario in impubere aetate, aut ante vi-* « *gessimum quintum annum, aut ante nup-* « *tias moriente, legatum ad heredes non tra-* « *smittitur* (5). »

396. Osservate, che se il giorno incerto non si riferisse alla sostanza del legato, ma solamente alla sua esigibilità, non formerebbe condizione, e dovrebbe essere considerato semplicemente come un termine. Tale sarebbe questa disposizione : « Lego a Tizio 100 franchi pagabili in morte del mio erede (6).»

397. Sarebbe lo stesso se il tempo fosse apposto in favore del legatario (7). Il che fa dire ad Averanio (8). « *Aliquando dies incertus* « *adjicitur heredi exonerandi causa, non su-* « *spendendae obligationis, et ideo non facit* « *conditionem Hanc autem voluntatem te-* « *statoris multis conjecturis assequi possu-* « *mus. Prima est, si testator declaret, se* « *velle consulere infirmitati legatarii, ne pe-* « *cuniam dissipet; altera si declaret, se nolle* « *committere rei legatae administrationem* « *tutoribus legatarii ecc.*

398. La legge 75, D., *De cond. et demonst.* ricavata dagli scritti di Papiniano, dice: *Dies incertus conditionem in testamento facit.* Queste parole *in testamento* sono degne di osservazione; perocchè la massima, di cui si tratta, non è applicabile ai contratti ed alle stipulazioni.

In effetti nei testamenti non si è consentita la necessità d'introdurre un tale principio, se non perchè i legati non sono trasmessibili, che quando la causa, che sospende la loro esistenza, è purgata. Ma ne'contratti, ove si stipula non solo per sè ma, anche pei suoi eredi, ed ove le obbligazioni sono trasmessibili anche pendente il momento della sospensione, tutto ciò diveniva inapplicabile, e si è dovuto considerare il termine incerto come un termine puro e semplice (9).

399. Ciò che abbiamo detto qui sopra spiega sufficientemente che cosa è il giorno certo; è quello, di cui si sa, se o quando arriverà, o per lo meno quello, che arriverà in vita del legatario. Esso non sospende il legato, e non fa che sospenderne il pagamento.

« *Haeres meus, quum morietur Titius, cen-* « *tum ei dato, puram est legatum, quia non*

(1) L. 1, § 2, D., *De condit. et demonst.* Pothier, *Pand.* t. II, p. 419, n. 5.
(2) L. 75, D., *De condit. et demonst.* Furgole, VII, 3, 27.
(3) L. 8, C., *De test. manum.* L. 21. D., *Quando dies leg. ced.* L. 49, § 2, D., *De leg.* 1. Furgole, VII, 3, 25.
(4) *Aggiungi* Furgole VII, 3, 22 e 23.
(5) 36, 2, 2.
(6) Furgole, VII, 3, 28.
(7) L. 46, D., *Ad. S. C. Treb.*, e 26, § 1, D., *Quando dies legat.*
(8) 2, 16, 10. 12, 13.
(9) Cujacio, *loc. cit.* Furgole, VII, 32. L. 45, § 3, D., *De verb. oblig.*

« *conditione, sed mera suspenditur. Nam po-*
« *test conditio non existere* (1). »

Ed in effetti vi è condizione soltanto quando vi è un avvenimento incerto, di cui si attende l'esistenza, ma quando questo avvenimento non è incerto, e che non vi è alcun dubbio che arriverà, ripugna, che vi sia condizione, e non vi è che termine.

400. La dilazione sospende il pagamento della cosa legata (2). Il più sovente è un benefizio accordato dal testatore al suo erede, onde non sia obbligato di spogliarsi immediatamente. La presunzione stabilita da Ulpiano è, che il termine è stato apposto in favore dell'erede, a menochè non risulta il contrario della volontà del testatore (3).

Di là siegue, secondo Pomponio, che l'erede può rinunziarvi, e forzare il legatario a ricevere il legato prima del termine (4).

Ma se apparisse, che il termine è stato apposto in favore del legatario, per esempio, onde attendesse l'età della ragione, e non dissipasse la liberalità del testatore, in questo caso l'erede pagherebbe irregolarmente, se pagasse prima del termine (5).

401. Allorchè il testatore ha fissato un termine per far decorrere la dilazione, questo termine deve servir di regola per determinare la scadenza del legato.

Quid se fosse di già compito in tempo del testamento o della morte del testatore? Allora la disposizione sarebbe pura e semplice (6).

Se il testatore non ha espressa epoca per far decorrere il termine, allora secondo le circostanze decorrerà dal giorno del testamento o dal giorno della morte del testatore (7).

402. Ora che conosciamo le differenze, che distinguono la condizione, il modo, la causa, la dimostrazione, ed il termine, cerchiamo di precisare il senso di talune parole, delle quali ordinariamente si fa uso per esprimere queste diverse modalità. Non sono qui vane sottigliezze di parole, ma è un mezzo di chiarire delle disposizioni, che debbono essere studiate nella loro forma come nel fondo.

403. Prima di tutto diciamo non esservi espressioni sacramentali; la volontà è sempre ciò, che domina, nè potrebbe essere schiava delle formole. « *In conditionibus primum lo-* « *cum voluntas defuncti obtinet, eaque regit* « *conditiones.* »

404. Nondimeno guardiamoci dall'indagare sforzatamente una volontà occulta, quando la chiarezza dell'espressione e la coerenza di tutte le parti della disposizione non lasciano alcun dubbio sulla intenzione, che ha diretto il disponente. Che se l'ambiguità della disposizione forza di ricorrere alla fiaccola dell'interpretazione, bisogna aver cura di respingere le congetture estrinseche, sempre arbitrarie, equivoche, ed ingannatrici. Mantica, Peregrino, Fusario, Menochio ed altri autori congetturali hanno qualche volta abusato della loro immaginazione, del loro vasto sapere per creare un troppo gran numero di presunzioni Fargole raccomandava di mettersi in guardia contro le loro decisioni, e di ricercare la volontà del disponente nella tessitura del testamento (8). Oggi questi autori sono appena letti, ed assai raramente consultati, onde non vi è molto da temere il pericolo indicato da Fargole. Tuttavia dichiariamo, che arman losi di critica ed indipendenza si trovano delle eccellenti cose in questi pazienti eruditi, e vorremmo, che fussero più sovente studiati dai legisti e dagli autori. È Mantica, che ha detto: « *Ideo, pro-* « *pter divinationem mentis, durum est a ver-* « *bis recedere, quae conceptam mentis signi-* « *ficant* (9); e nel suo libro delle congetture si trovano cento passi, che respingono le congetture estrinseche: « *propter rationes extrin-* « *secus excogitatas* (10). »Seguiamolo dunque, se qualche volta ha mancato al suo precetto, perciocchè ha pagato il tributo al suo tempo, ed ha troppo ceduto all'influenza dei casuisti.

405. La particella *se* caratterizza la condizione così nei testamenti, che nei contratti (11).

Il pronome relativo *che* rende la disposizione condizionale, quando la frase incidente, che porta, versa sul futuro (12): *relativum qui adjectum verbo futuri temporis, facit conditionem, et perinde est, atque si dictum fuisset si*, dicono i giureconsulti (13).

Ma se il *che* relativo si riferisce al tempo passato o presente, non forma che una dimostrazione o una determinazione. Esempi

« Dono per forma di legato 100 franchi a Tizio, che salirà al Campidoglio ». Questa disposizione è condizionale.

« Dò 100 franchi a Tizio, che ha preso cura o che prende cura delle mie proprietà. » È questo un legato dimostrativo.

La ragione di questa differenza è molto bene spiegata dal signor Merlin (14). « L'objetto della « dimostrazione, dice questo giureconsulto, è « soltanto di meglio indicare la persona o la

(1) Papiniano l. 79, D., *De cond. et demonst.* Cuiacio su questo testo. Lib. 34, *Quaest. pap.*
(2) L. 46, D., *De cond et demonst.*
(3) L. 17, D *De reg. jur.*
(4) L. 1, § 1, D., *De cond. et demonst.*, e Valens. l. 15, D , *De annuis legatis.*
(5) Valens, l. 15, D , *De annuis legatis.*
(6) Pothier, *Pand* t. II, p 449, n 8.
(7) Scevola, l 41, § 15, D., *De fideic. libert.*
(8) Vil, 3, 18.
(9) VI, 14, 1.
(10) VI, 14, 2.
(11) L. 22, D., *Quando dies legat.*
(12) L. 1, § 3, D., *De condit. et demonst.* L. 2, D , *De cond. in tit* L 6 D , *De legat.* 1., e 85 *De legat.* 3. Pothier, *Pand.*, t II, p. 324, n. 256, e 448, n. 2. Fargole, Vil, 3, 21 e 56. M. Merlin, Repert, v° *Cl.*
(13) Mornac sulla legge 75, D., *De leg.* 1, D'argentré *su Bretagne*, art 221, glossa 1. n. 7.
(14) *Loc. cit.*

Digitized by Google

« cosa, di cui parla. Ora sarebbe un desi« gnarla male il farlo per mezzo *di una qua« lità futura, che forse non avrà mai*. Epperò « quando si adoprerà una qualità di questa « specie, bisogna, che si proponga un altro « obbietto e non quello di aggiungere a ciò, « che si dice, un nuovo grado di evidenza; il « quale altro obietto non può essere, che fare « dipendere la disposizione, che si scrive, dalla « qualità futura, la cui esistenza si dichiara « volere, nella persona del legatario o nella « cosa legata. » Questa regola si applica ai contratti (1).

406. *Allorchè quando* esprimono talvolta una dilazione, talvolta una condizione. Esprimono una dilazione, quando si riferiscono ad un termine certo (2), ma esprimono una condizione, quando si riferiscono ad un termine incerto (3), imperciocchè l'epoca incerta fa condizione (4).

407. *Per, affinchè*, caratterizzano non una condizione, ma una causa impulsiva (5).

Per esempio: « Vi lego 10,000 per nutrirvi « per favorire il vostro matrimonio, per fare i « vostri studi. » La disposizione è pura e semplice (6), dapoichè il testatore non altro ha fatto, che indicare il suo motivo.

Nondimeno è possibile, che queste parole si convertino in condizione.

Per esempio: « Vi dono 10, 000 franchi, perchè voi sposiate Caja, e non altrimenti ». Questo legato è condizionale (7). Il testatore si è servito di espressioni ristrettive, che provano, essere il matrimonio la condizione *sine qua non* del legato, e che altrimenti *legaturus non fuisset*.

Queste parole possono pure esprimere un modo, il che ha luogo, quando il precetto interessa un terzo; per esempio, per affrancare Sejo, per sposare Seja (8).

408. *Purchè* presenta sovente un senso equivoco Ricard (9) pensa, che debba essere preso per condizione, ma Furgole lo confuta con ragione (10), e l'opinione di quest'ultimo giureconsulto è adottata da Merlin (11). Comunque la congiunzione *purchè* possa esprimere talvolta una condizione, nondimeno il più sovente esprime un modo. Dapoichè secondo Bartolo (12) nel dubbio la disposizione si deve presumere piuttosto modale, che condizionale.

409. *Sotto condizione ch' egli farà* indicano un modo e non una condizione, equivalgono a queste, *col peso di fare*; nè portano con esse veruna sospensione (13).

410. *In mancanza di* rendono la disposizione condizionale. Istituisco Mario, ed in mancanza di lui Sempronio, vale a dire; Se Mario non può o non vuol essere erede, istituisco Sempronio (14).

411. *Mediante* forma pure una condizione (15).

412. Il gerundio *pagando, facendo* deve pure essere preso per condizione (16) o che si riferisca ad un verbo futuro, o presente, o passato. « Giovanni prenderà su i miei beni « 100 scudi. dando 10 scudi all' *Hotel-Dieu* « di Parigi » — « Lego a Giovanni 100 scudi pagando 100 franchi, ecc. (17). »

413. Non è lo stesso nei contratti, perciocchè, secondo Bartolo (18), e Dumoulin (19) bisogna farvi una distinzione. Se il gerundio è unito ad un verbo, che riguarda il futuro, fa condizione: « Vendo a Tizio la terra dei *Sablons*, e ne sarà proprietario incommutabile, pagandomi 300 mila franchi. » Ma se il gerundio è unito ad un verbo di tempo presente, indica il modo: « Vendo a Tizio la mia terra degli Egrilotti. e ne resta proprietario, pagandomi 300 mila franchi. » Codesta clausola è puramente modale. Ricard dà la ragione di questa differenza tra le disposizioni a causa di morte e le disposizioni tra vivi. Nei contratti può esservi un esecuzione presente; il dominio può essere trasferito immediatamente, e quando quest' esecuzione presente è stipulata, ripugna di fare del gerundio una condizione sospensiva.

Ma nei testamenti non vi è esecuzione presente; tutto si riferisce alla morte del testatore, e perciò il gerundio deve essere preso nel suo senso naturale e formare condizione.

414. Tali sono le regole più usuali sulle formole adottate per esprimere le differenti modalità delle disposizioni. Benchè attinte nella natura delle cose, non sono nondimeno infallibili. Non si potrebbe ripeterlo di troppo; sono sempre subordinate alla volontà del testatore; però debbono essere osservate, quando la volontà del testatore non vi ripugna, e sotto di questo rapporto era importante di fermarvisi.

(1) Toullier, t. VI, p. 551.
(2) L. 22, D. *Quando dies legat. ced.* L. 4, § 1, D., *eod. tit.* L. 79. D., *De cond et demonst.*
(3) L. 79, § 1, D., *De cond et demonst.* L. 4. D., *Quando dies legal. ced*
(4) *Sopra*, n. 394 Furgole, VII, 3, 22, 23, 29, 30.
(5) l, 22, § 1, D., *De alim et cib. leg* L 44, D., *De manum test* L. 17, § 2. D., *eod tit.* L. 71 e 80, D., *De cond et demonst.*
(6) Furgole, VII, 3, 33. Expilly, cap. 18. Bardet, 1, 2, 13, e 2, 2, 57.
(7) Furgole, VII, 3, 33.
(8) Furgole, VII, 3, 38, 39.
(9) *Disp. cond.*, n. 18:
(10) VII, 3, 41, secondo la l. 41, D., *De cont. empt.*
(11) Repert, v° *Modo.*
(12) Sulla legge *Quibus*, § *Thermus*, n. 4, D., *De cond et demonst.*
(13) Furgole, VII, 3, 42. L. 44, D., *De manum. test.*
(14) Id, VII, 3, 41.
(15) Id, VII, 3, 47.
(16) Arg. delle leggi 6, § 7, D., *De statulib.* e 109, D., *De cond. et demonst.*
(17) Ricard *Disp. cond*, n. 68 Furgole, VII, 3, 45.
(18) Sulla legge *ex parte*, D., *De acq haered.*
(19) Senza Parigi, § 20 gloss. 7, n. 6.

Digitized by Google

415. Ci resta di esaminare due questioni per terminare quello, che abbiamo da dire sui pesi e le condizioni: 1.° Quando la persona, cui la liberalità è fatta, non la raccoglie, il peso, che l'è imposto, possa alla persona, che la raccoglie in sua vece? 2.° Quando i pesi o le condizioni apposte ad una liberalità sono considerate ripetute in un'altra disposizione, che precede o che siegue?

416. Vediamo il primo punto. Prima dell'Imperatore Severo, quando colui, che era gravato dal testamento di soddi fare ad un modo, o di pagare un legato, non accettava la disposizione, il sostituito o il coerede, che raccoglieva la sua porzione, non era obbligato a questo modo o legato.

Vi era eccezione a questa regola solamente contra del fisco, che era poco favorito, e che doveva soddisfare a tutti i pesi dell'instituzione caduca, della quale profittava (1). Ma in seguito l'Imperatore Severo cambiò questa giurisprudenza con un rescritto, di cui Ulpiano ha parlato più volte (2), e nel quale brilla la giustizia di questo Principe. Volle, che, il coerede, che profittava di una disposizione, soddisfacesse ai pesi di questa disposizione, e specialmente ai legati e fedecommessi, di cui era gravata, dichiarando con ciò, che i legati e fedecommessi erano un peso dei beni, che li seguivano, in qualisivoglia mani passassero. Il sostituito fu anche astretto alla prestazione dei legati e fedecommessi contenuti nella prima instituzione, poichè i beni, che raccoglieva, n'erano affetti (3).

417. Osserviamo, che il sostituito era unicamente obbligato al pagamento dei legati e fedecommessi, senza essere tenuto alla condizioni, che potevano modificare la prima disposizione. « *Sub conditione herede institu* « *to, si substituamus, nisi eamdem conditio-* » *nem repetemus, pue eum heredem substi-* « *tuere intelligimus* (4).

Niente di più giusto di questo punto di dritto, perocchè la sostituzione essendo una seconda disposizione, era impossibile di fare passare la condizione al sostituito senza violare la regola, che più basso vedremo, la quale non permette di ammettere la ripetizione tacita delle condizioni, a menochè esse non risultano dalla volontà espressa o implicita del disponente. S'egli viene gravato di legati fedecommessi o modi costituenti fedecommessi, lo è perchè questi pesi, come abbiamo detto, sono reali, ed affettano i beni in qualsivoglia mani si trovano messi. Si presume, che se il testatore aveva imposto questi pesi al primo instituito, con maggior ragione ha voluto gravarne il sostituito, che ha meno amato (5).

418. Ma per ciò che concerneva il fisco, o il coerede, che profittava della disposizione per dritto di accrescere, dovevano essi adempire la condizione imposta. Ecco la decisione del giureconsulto Paolo. » *Fiscus iisdem conditioni-* » *bus parere debet, quibus persona, a qua ad* « *ipsum, quod relictum est, pervenit, sicut* » *etiam cum suo onere hoc ipsum vindicat* (6).

Si comprende la ragione di questa differenza tra il sostituito ed il fisco, o il coerede che profitta dell'accrescimento, imperciocchè questi non vengono, come il sostituito, in virtù di una seconda disposizione, ma profittano della stessa prima disposizione (7).

419. Si distingnea nondimeno tra le condizioni, che erano imposte alla persona o alla cosa. Quando la condizione era imposta solamente alla persona, come » Dono a Tizio, se sposa Mevia, » non si presumeva ripetuta. Ma se era reale come: » Dono la mia casa a Claudio, se con la rendita paga 100 franchi di pensione alimentaria a Cajo » si riputava ripetuta Del resto nel dubbio si riteneva che il peso fosse reale (8).

420. Tutte queste decisioni hanno anche adesso l'autorità della ragione, il che si vedrà in quel che siegue (a).

421. Quando l'erede instituito ripudia, e la

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 333, e 104.
(2) L. 61, §, 1 D., *De legat.*, 2°, e 74, D., *De legat.* 1°.
(3) Aggiungi Celso, l. 29, D., *De legat.* 2°, e Papiniano, l. 77, § 7, D., *De legat.* 2°. V. Cujacio, su questa legge, lib. 8. *Resp. Papin.*
(4) Cajo, l. 73, D., *De haered. instit.*
(5) D'Aguesseau, 37ª Aringa.
(6) L. 60, § 1, D., *De cond. et demonst.*
(7) *Cui adjiciuntur commoda, injunguntur etiam incommoda, quasi commodum, et incomodum, labor et voluptas, dissimillima natura, ut ait Livius, societate quadam inter se naturali juncta eint* (Cujacio, *Resp. Papin.*, lib. 9, ad leg. 58, § 32, *Ad S.C. Trebell.*) V. su colui, che profitta per dritto di accrescere *infra* n 2181.
(8) L. 74, D., *De legat.* 1°. Furgole, VII, 6, 7 8 e seguenti.

(a) L'art. 939 delle nostre Leggi civili espressamente dispone, che i pesi della instituzione s'intendono ripetuti nelle sostituzioni, e che per lo contrario le condizioni alla istituzione, alla donazione, o al legato non si presumono ripetute nella sostituzione, trannechè nel primo caso non apparisce la volontà del testatore di avere voluto limitare i pesi alla sola persona dell'istituito, e nel secondo non sia stato espressamente dichiarato, che le condizioni dell'istituzione della donazione o del legato debbono ritenersi ripetute nelle sostituzione (V. l'art. nella nota alla pag. 43).

Trattandosi dunque di pesi, può indagarsi la volontà del testatore per vedersi, se sia il caso della eccezione alla regola generale, o possono ammettersi gli argomenti congetturali per desumerne la volontà del disponente. Una decisione quindi su tal riguardo non sarebbe soggetta a cassazione. Ma trattandosi di condizioni, tali congetture non sarebbero ammesse, perocchè la legge vuole la dichiarazione espressa del donante o del testatore, e conseguentemente esclude ogn' interpretazione della sua volontà.

La ragione della differenza sta nello stesso motivo, per lo quale si ritengono ripetuti i pesi e non ripetute le condizioni. Ed in vero perchè i pesi si ritengono ripetuti? Perchè si presume, che avendone il disponente gravato l'istituito, con più forte ragione ha dovuto volerne gravare il sostituito, che prediligeva meno del

successione passa all'erede del sangue *ab intestato*, questo ultimo è obbligato di adempire le condizioni ed i pesi disposti nel testamento?

Sotto il dritto romano la negativa sarebbe stata incontestabile. « *Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamento solvitur.* » dice la legge 181. *De regulis juris.*

Il testamento caducandosi, veruna delle sue disposizioni poteva obbligare a qualche cosa l'erede del sangue, che ripeteva i suoi dritti non dal testatore ma dalla legge. Il testatore era riputato morto intestato. « *Si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore decesserit... in his casibus paterfamilias intestatus moritur.* » Tale è la decisione delle Instituzioni (1).

Ma avviene altrimenti nel dritto francese, nel quale i testamenti sono dei codicilli o piuttosto dei fedecommessi lasciati all'erede del sangue; il testamento sussiste sempre indipendentemente dalla caducità dell'instituzione. I legati e gli altri pesi reali, che affettano i beni, debbono perciò essere pagati da colui, che profitta della successione, e per conseguenza il successore *ab intestato*, che prende l'emolumento, deve sopportare il peso. Per esempio: « Instituisco Cajo e lo incarico di costituire una dote di 50 mila franchi a mio Cugino, cui lego questa somma » è evidente nel nostro dritto, che il legato di 50 mila franchi non dipende dall'accettazione della eredità da parte di Cajo, e che il legatario potrà esercitare il suo dritto sulla successione *ab intestato*.

422. Ma l'erede *ab intestato*, al quale passerà la successione per la rinunzia di Cajo, non sarà obbligato dalle condizioni propriamente dette, alle quali la instituzione di questo stesso Cajo era annessa. Può presentirsene la ragione dopo quello che abbiamo detto qui sopra (2), cioè che la condizione affetta talmente la sostanza dell'instituzione, che non può avere il suo effetto, che con essa. Ora cadendo l'instituzione, non vi è più condizione da adempire, e colui, che viene a prendere la successione si presenta in nome della legge e senza condizione. Poco importa, che la condizione sia potestativa o mista, che consista nel dare o nel fare, che conferisca un dritto indiretto ad un terzo, questo terzo non potrebbe eccepire questo dritto, perocchè la deficienza dell'instituzione, e per conseguenza della condizione, l'ha estinto (3).

Se non è lo stesso del fedecommesso, del modo reale, e del legato, è perchè questi pesi, apposti ad una disposizione, contengono in loro delle disposizioni particolari, che non lasciano di essere per se medesime; comunque la disposizione principale venga a mancare, la volontà del defunto è sempre vivente per coloro, che debbono trar profitto da questi pesi (4).

423. Veniamo al nostro secondo punto. Questa materia è stata ampiamente trattata dagli autori congetturali, come Mantica (5), Peregrino (6), Menochio (7). Altri se ne sono pure occupati nei loro dotti scritti (8), ma Furgole è quello, che l'ha presentata nella più completa maniera (9).

La ripetizione di un peso in un'altra disposizione, che siegue, o che precede, può avere luogo espressamente o tacitamente.

Quando la ripetizione è espressa, non può dare luogo ad alcun dubbio, come quando l'atto porta questa clausola, *sotto le sopradette condizioni, come è detto*.

424. Ma la materia è più ardua, quando la ripetizione deve indursi dalla presunta volontà del disponente. Dumoulin riduce a tre tutte le cause, dalle quali può indursi una ripetizione tacita. *Copula, identitas orationis, identitas rationis*, il che fa nascere tre cause opposte, che escludono la presunzione della ripetizione, cioè: *adversativa, diversitas rationis, diversitas orationis*.

Ma questa regola, che Dumoulin ha cavato da Baldo (10), non è affatto infallibile, come dice Furgole.

Se ne trova un'altra nella legge 39, D. *De cond. et demonst.*: Quando la condizione è imposta a certe persone conosciute e nominate, non si deve estendere ad altre persone. Che se abbraccia un certo genere di persone, cui si riferisce per mezzo di qualche termine collettivo, si applica a tutte le persone di questo genere ed a tutti i gradi, che queste persone debbono riempire. Per esempio se il testatore dopo di avere istituito più persone di diversi

primo. Epperò se la regola generale basa su di una volontà presunta, da una volontà contraria anche presunta, deve dipendere l'eccezione.

Per lo contrario non si ritiene ripetuta la condizione, perchè questa è annessa alla disposizione, e termina insieme con essa. La sostituzione è una seconda disposizione, la quale è pura, appunto perchè non è accompagnata da veruna condizione. Qui dunque la regola dipende da un principio di dritto, che vieta di presumere le condizioni, e che non può essere escluso, che dall'espressa dichiarazione del disponente. Sì che in questo solo caso può verificarsi l'eccezione.

Il traduttore.

(1) *Quib. mod. test. inf.* § 2.

(2) N. 837.

(3) D'Aguesseau ha trattato a fondo questa quistione nella sua 37ª Aringa. Si può consultare ancora Furgole, VII 7.

(4) Ricord, *Disp. cond.*, n. 143.

(5) Lib. X. t. VI.

(6) *De fideic.* art. 16.

(7) IV, *De praesumpt.*, 176, 177.

(8) Dumoulin sopra Parigi, § 53, glossa 1, n. 3. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 466, n. 87, e seguenti. Ricord, *Disp. cond.*, n. 158.

(9) Cap. 7, sez. 7.

(10) Dumoulin chiama la dottrina di Baldo a tal riguardo, *pulchra doctrina Baldi*.

Digitized by Google

gradi aggiunge: « Voglio dippiù, che ciascuno d'essi non sia mìn erede che in quanto assisterà ai miei funerali. »

S'induce pore facilmente la ripetizione, se senza questa ripetizione la seconda disposizione sarebbe inutile (1).

Non sarebbe neanche impossibile di presumerla, allorchè due disposizioni conducono ad uno stesso scopo, ovvero quando ad una disposizione condizionale si trova aggiunta un'altra disposizione pura e semplice, e che queste due disposizioni sono legate da queste parole: *item, hoc amplius; dippiù; in oltre, del pari.*

Ma nache io questi due ultimi casi bisogna osservare, che tutto dipende dalle circostanze; così Dumoulin sostiene che di sua natura la parola *item* è continuativa, e non ripetitiva.

425. Per lo che ritorniamo a ciò, che poc'anzi dicevamo, che in questa materia le migliori regole sono subordinate alla volontà del testatore, bussola più sicura di tutte le dottrine dei dottori. Nondimeno ve n'è una, che non falli sce mai, ed è, che la ripetizione non si presume, e che nel dubbio ogni disposizione si presume pura e semplice: *in dubio omnis dispositio praesumitur pura* (2).

Ed in conformità di questi principî Cajo insegna, che la condizione apposta all'istituzione non si presume ripetuta nella sostituzione, quantunque il sostituito è rimasto gravato relativamente ai legati (3).

426. Non possiamo meglio finire tutto questo che con queste saggie riflessioni improntate da Cujacio

« *Non passim et temere nobis licet tacitas*
« *conditiones comminisci et inducere, nisi ex*
« *re ipsa aut verbis quibusdam manifestum*
« *sit, contrahentes conditionem facere voluisse, vel nisi quae jure pubblico recepta et*
« *probata tacita conditio sit... lege opus est*
« *quae introducat et probet tacitam conditionem, vel re ipsa et evidentissima voluntate*
« *contraentium, quae eam inducat; Alioquin*
« *si interpretationibus nostris passim licet*
« *eam inducere, multa hominum negotia,*
« *maltaque jura subverterentur* » (4).

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 467, n. 90. Furgole, VII. 7, 44.
(2) Dumoulin, *luog. cit.* n. 8.
(3) L. 73, D, *De haered. instit.*
(4) *Observat.*, 25, 18.

NOTA DEL TRADUTTORE

Nella nota alla pag. 43 abbiamo trascritto gli articoli delle nostre Leggi civili relativo alle sostituzioni, e successivamente abbiamo esposto la conformità o difformità di ciascuno di essi con quelli del Codice Napoleone, commentati in questo Capitolo. Rimane solo ad esporre l'art. 940, nel qual è detto « che se tra più « coeredi, donatari, o legatari a parti disuguali sarà « ordinata una sostituzione volgare reciproca, la pro- « porzione fissata nelle quote della prima disposizione, « si presumerà ripetita anche nella sostituzione Se poi « nella sostituzione insieme co'primi nominati è chia- « mata qualunque altra persona, la parte vacante ap- « parterrà a tutt' i sostituiti ugualmente »

Primo dunque istituisce eredi Secondo, Terzo, e Quarto, e li sostituisce reciprocamente nel caso, in cui ciascuno di loro non possa e non voglia conseguire la propria quota Vuole però che Secondo prenda sei once della eredità, e che Terzo e Quarto ne abbiamo tre per ciascuno. All'apertura della successione Terzo si trova incapace di conseguire il legato o vi rinunzia. La sua quota appartiene a Secondo e Quarto, per effetto della sostituzione reciproca, ma in quale proporzione?

Nella stessa proporzione, dice la legge, fissata nella prima disposizione, vale a dire siccome nella prima disposizione Secondo ha preso sei, e Quarto due, le due once appartenenti a Terzo saranno diviso in otto porzioni, delle quali Secondo ne prenderà sei, e Quarto due. La ragione della legge in questa come in tutte le altre disposizioni di questo genere sta nella presunta volontà del testatore, il quale se nella prima disposizione ha voluto gratificare Secondo più di Terzo e di Quarto, dee ritenersi, che lo stesso abbia voluto nella sostituzione. Così se la porzione mancata fosse quella di Secondo, essa si accrescerebbe ugualmente a Terzo e Quarto, perchè questi hanno avuto lo stesso posto nell'affezione del testatore

Ma se dopo di avere istituiti Secondo Terzo e Quarto nell'indicata proporzione, Primo li sostituisse reciprocamente, chiamando nella sostituzione insieme con loro anche Quinto, sarebbe evidente, che il testatore ha voluto nella sostituzione una ripartizione diversa della disposizione; e poichè non ha indicate le quote, si ritengono uguali. Qualunque dunque delle porzioni, che venga a mancare per rinunzia o per incapacità di uno degl'istituiti, verrà divisa in tre parti uguali, ed attribuita a'due eredi superstiti ed al terzo chiamato nella sostituzione.

DE' FEDECOMMESSI NELL' ANTICO DRITTO PATRIO.

In fine della nota alla pagina 43 abbiamo promesso di esporre in una nota nella fine del capitolo qualche notizia relativa a'fedecommessi nell' antico dritto patrio, e nella nota alla pag 49 abbiamo accennato quindici diverse divisioni di fedecommessi, che riconoscevansi presso di noi.

Adempiamo a tale promessa limitandoci a dare delle nozioni generalissime, sufficienti appena a fare concepire una idea anche generalissima di una materia, che ad esaurirla non è bastato un gran numero di volumi.

Si è giustamente osservato, che i fedecommessi dei Romani erano pienamente diversi da'nostri, perciocchè mentre i primi avevano unicamente per obietto di fare passare i beni a delle persone incapaci miravano i secondi a perpetuare nel decorrimento de' secoli la vanità del

disponente, gravissima danee recande alle più vitali sorgenti della ricchezza nazionale, offendendo la buona fede, ad accrescendo le angustie delle famiglie, che n'erano gravate, le quali sotto di ue apparente ricchezza e sotto le forme ingannatrici di un falso lustro coprivano una effettiva miseria ed il disdero e l'umiliazione inseparabili dalla deficienza de' mezzi di adempiere alle proprie obbligazioni

Questa Torre di Babele della legislaziona, sì per la vanità, che la fè nascere, che per la confusione delle lingue, che ne derivò, questa forma di disposizione, eh' ebbe tanto bisogno delle sottigliezze a delle invecsioni de' dottori, ebbe cominciamento nel doeimo terze secolo, quando risorse la giurisprudenza romana Però per tre secoli si fece uso de' fedecommessi molto più moderatamente, ma dal comieciare del decimosettimo secolo in poi non si sorbì più nè modo e eè misura, e delle piccicle fortune, che dovevano fornire uno sperote riforaa a delle infelici famiglie, furono sottoposte a fedecommesso, che dopo di avere usurpati tutti i diritti dell' uomo, giunse sino a pretendere di usurpare quelle della Divinità, e si disse *perpetuo*

Abbiamo detto, che distinguevansi non meno di quindici diverse distinzioni di fedecommessi, che contengene venti specie diverse.

1.° Il fedecommesse universale era quello, che abbracciava tutta la eredità del disponente o una quota de'suoi beni, come la metà, il terzo.

2.° Il fedecommesso particolare quello che versavasi su di un fondo particolare, come una casa un podere.

2.° Il fedecommesso espresso era quello, che risultava espressamente dalle parole del testamento, ed in questo caso non si permetteva veruna interpretazione, ma dovevasi strettamente eseguire lo espressa volontà del disponente

4.° Il fedecommesso tacite era quello, che senz' essere stato espressamente ordinato, si desumeva nonpertanto dall'insieme della disposizione, *ex sententia testatoris*

5.° Il fedecommesse era pure, quando non dipendeva da veruna condizione, cosicchè si acquistava immediatamente nel giorno della morte del testatore.

6.° Il condizionale era quello, che dipendeva de una condizione.

7.° Il fedecommesse era perpetuo, quando n'era indefinita la durata a favore de' discendenti o dall' agnazione, *mundo durante*, giusta la frase nerariale.

8.° Era temporale quando veniva ordinate a favore del'a seconda o della terza generazione.

9.° Era *in diem*, quando ne veniva sospesa la translaziona sino ad un certo tempo, come per esempio se si ordinava le restituzione del fedecommesso dopo sei anni.

10. Il fedecommesso semplice ed assoluto si verificava nel caso, in cui prevedendosi le morte del gravato, si ordinava la restituzione a' chiamati, e nell' altre, in cui il testatore aveva vietato l' alienazione della cosa donata, esprimendosene la causa o l'obbietto, come per conservarla nella famiglia o per restituirla a determinate persone Imperciocchè se la proibizione del alienare era in contemplazione del sole erede istituito si risolveva in consiglio, che non era obbligatorio, e per conseguenza non vi era fedecommesso (*).

11° Il fedecommesso contravvenzionale era quello che si apriva per l'alienazione fatto in contravvenzione del divieto del disponente.

12.° Il fedecommesso reciproco verificavasi quando il testatore instituendo due o più persone, sostituiva i loro discendenti, ed ordinava, che in caso di mancanza degli uni succedessero gli altri. Questa specie di fedecommesso non si presumeva, ma doveva risultare espressamente dalle parole del testamento.

13.° Il fedecommesso graduale era quello, in cui il testatore contemplava i gradi della sua discendenza per modo, che venivano chiamati al godimento tutti coloro, che si trovavano nel medesimo grado, in qualunque linea si trovassero, escluse però ogni diritto di rappresentazione.

14.° Il fedecommesso era agnatizio quando il testatore aveva chiamata al godimento di esso i soli maschi della sua casa, dalla sua discendenza, o del suo cognome, oppure quando aveva espresso di ordinare il fedecommesso per conservare i beni nella famiglia; nell'une e nell'altro caso le donne n'erano escluse.

15.° Il fedecommesso famigliare era quello, che si verificava nel caso, in cui il testatore senz'ordinare espressamente il fedecommesso, come nel numero precedente, vietava l'alienazione de'beni, affinchè si conservassero nella famiglia. Nè spettava il godimento a tutti coloro che potevano dimostrare la discendenza dal medesimo stipite senza distinzione di sesso.

16.° Il fedecommesso lineale era quello, in cui il testatore istituendo più eredi, sostituiva a ciascuno i propri discendenti; ciascuna di queste linee, avendo sempre rapporto al proprio ceppo, riteneva quello, che le ne veniva trasmesso, senza mischiarsi ne'beni passati all'altra linea.

17.° Dicevasi fedecommesso conservatorio la disposizione, nella quale senza ordinarsi implicitamente o esplicitamente un fedecommesso in caso di morte, proibivasi l'alienazione de'beni fuori della famiglia, e sostituivansi al controvventore altre persone. In questo caso era permessa l' alienazione a persona della famiglia, anche remotissima, ed alla morte del gravato facevasi luogo alla sua successione intestata, ancorchè aperta a favore di persone, che non erano della famiglia.

8.° Chiamavano poi fedecommesso restitutorio la disposizione, mercè la quale si ordinava, che i beni in caso di morte del gedenta si restituissero al sostituite per serbarsi nella famiglia o presso altra classe di persone espressamente indicate.

19.° Il fedecommesso fiduciario si verificava in due casi; il primo quando il testatore confidava segretamente all'erede o ad altra persona chi dovesse essere il sostituite, ed ordinava di doversi stare alla dichiarazione di colui, che avea meritato la sua confidenza; il secondo quando accordava all' erede istituito la facoltà di nominare il sostituito tra una classe designata, perocchè se la facoltà conceduta all'erede fosse stata illimitata, non vi sarebbe stato fedecommesso, per la ragione, che una disposizione testamentaria non può dipendere illimitatamente dalla volontà di una persona diversa dal testatore.

20.° Finalmente il fedecommesso primogeniale era quello ordinato a favore dei primogeniti e di tutti coloro, che ne tenevano il luogo.

Il fedecommesso poteva ordinarsi non solo con atto di ultima volontà, ma anche tra vivi, comunque la più sana opinione voleva, che in questo secondo caso non potesse soggettarsi a fedecommesso l'universalità de'beni, onde rimanesse al donante di che testare (**).

Erane tali e tante le dispute, che sorgevano in materia di fedecommessi, che bisognò ritenere come regole di dritto le opinioni di alcuni dottori Queste sono la Teorica di Cumane, i consigli 21 e 177 di Oltrado, la Teorica di Soccio, e la Cautola del medesimo.

Un testatore avea istituito l erede, ed avea a costui sostituito i figli e discendenti. Sorse la quistione se i beni dovessero passare per sostituzione fedecommessaria a tutt' i discendenti, oppure il fedecommesso dovesse arrestarsi a'primi sostituiti Questa seconda opinione era sostenuta da Cumano, o pare, che fosse la sola ragionevole; nonpertanto fu contradetta da Paolo di Castre e da Socino, ma prevalse nel Fore, e fu ritenuta come regola di dritto.

Il testatore aveva istituito eredi un fratello e quattro nipoti, tre figli di un fratelle ed uno di un altro fratello premorti, e li avea sostituiti reciprocamente tra loro, ove morissero senza figli. Il nipote, figlio unico del fra-

(*) L. *Filiusfamilias*, § Divi D *De leg.* 1.° e l. *Pater filium*, § *Julius Agrippa*, D, *De leg* 3.

(**) V *la decisione* 194 *di de Franchis*.

Digitized by Google

tello premorto, morì lasciando quattro figli, i quali morirono anch'essi. I coeredi pretesero di essersi verificato il caso della sostituzione reciproca ordinata dal testatore, ma Oltrado rispose di no, perchè questa sostituzione era stata ordinata a condizione, che gl' istituiti morissero senza figli, ed il nipote trapassato aveva lasciato figli. Tal'è il Consiglio 21 di Oltrado, che anche costituisce una regola di dritto.

Il Consiglio 177 dello stesso Autore stabilisce la massima, che le sostituzione, ordinate nel caso di deficienze di figli, non ha luogo nell'altro della non esistenza di essi per la ragione, che la sostituzione non può estendersi dall'uno all' altro caso. Questa opinione dopo di essere stata lungamente contradetta, prevalse in fine come regola di dritto.

La teorica di Socino riguardava il fedecommesso dipendente dalla condizione della non esistenza de'figli, a stabilire, che se la condizione era chiaramente ristretta ad un tempo certo e determinato, produceva una sostituzione volgare, ma se era indeterminata, ne produceva una fedecommessaria.

Finalmente la cautela di Socino mirava ad impedire la detrazione della legittima. Si sa, che il Padre o qualunque altro ascendente non poteva vietarne la detrazione, per cui la predetta cautela consisteva nell' alternativa o di restituire tutta la eredità al sostituito senza detrazione della legittima, o di ritenere la legittima solo, e restituire immediatamente il resto dei beni. Se dunque il fedecommesso, era ordinato con questa cautela, il figlio, che voleva detrarre la legittima, doveva imputare in questa i frutti, che da'beni ereditari aveva percepiti, e se consapevole della disposizione paterna, accettava la eredità, ni riteneva di avere rinunziato alla sopradetta detrazione.

Le famiglie contenava le persone, che discendevano dallo stesso stipite, ma dividevasi in *effettiva* e *contentiva*. La famiglia *effettiva* era quella, che deriveva dello stesso testatore, e per conseguenza non si verificava, che ne' suoi discendenti ; la *contentiva* conteneva i collaterali. Era regola di dritto, che non opponendosi la volontà tacita o presunta del testatore, sotto nome di famiglia si comprendesse la sola *effettiva*.

La *volgare anomala* era una finzione, per la quale ne'fedecommessi graduali un grado più rimoto prendeva il posto di un altro mancato o caducato, ed il figlio o il nipote prendeva il posto del padre o dell'avo, il che non poteva ottenersi per mezzo della rappresentazione, che non era ammessa.

I fedecommessi o il vincolo fedecommessario su' beni finivano con :

1.° La divisione.
2.° La transazione.
3.° Le derogazione.
4.° Le alienazioni.
5.° Le forme ricercate dalle leggi patrie nello svincolo de' fedecommessi
6.° La caducità.
7.° Le detrazioni legali, che diminuivano in parte il fedecommesso.
8.° Le detrazioni accidentali.
9.° La detrazione de'beni antichi.

Ciascuno di questi mezzi ha bisogno di una spiegazione.

La divisione non poteva dar termine, che al solo fedecommesso purific lo e reciproco, e nel caso, in cui non appariva, che il testatore aveva voluto, che i beni passassero indeminuti a colui, a favore del quale avava ordinata la sostituzione.

La transazione estingueva il fedecommesso solamente quando era conseguenza di una lite o del timore di una lite, che attaccava la sostenza del fedecommesso, col sostenersi la libertà de'beni; nè l'annullava interamente, perciocchè quella parte de'fondi, che rimanevano a colui, che sostaueva il fedecommesso, vi rimanevano sottoposti

La derogazione veniva impartita dal Sovrano e per mezzo di dispenso o di commutazione di volontà.

L'alienazione scioglieva il vincolo del fedecommesso su' beni alienati in due casi ; il primo quando l'alienazione era necessaria per pagare i debiti del fedecommettente; il secondo quando il gravato possedeva in comune beni propri liberi e beni fedecommessati. La legge riputava, che per effetto di una implicita divisione il gravato avesse avuto nella sua quota de'beni liberi i beni alienati, i quali rimanevano poi rimpiazzati nel fedecommesso dagli altri beni liberi del detto gravato sino alla concorrenza del loro valore.

Lo svincolo de'fedecommessi, giusta le Prammatica unica *de vinculis, seu conditionibus, in contractibus vel testamentis appositis, quomodo amovendis*, era giudicato dal S. C. o dalla Regia Camera con la riunione di due Ruote e con l'intervento del Presidente o Luogotenente e dell'Avvocato fiscale, intesi tutti gl' interessati e compilato il processo. Doveva inoltre impartirsi sui Decreti pronunziati da'que' Tribunali il Regio Assenso, che dovea chiedersi per mezzo della Real Camera di S. Chiesa.

La caducità si verificava quando mancava la persona chiamata al godimento del fedecommesso.

Cessava pure il vincolo del fedecommesso per quo'beni, che cadevano nelle detrazioni legali, le quali erano la legittima e la trebellianica pe'figli, la sola trebellianica per gli estranei, e le falcidie pe'fedecommessi particolari

Le detrazioni accidentali consistevano ne'dritti e nei crediti spettanti al gravato nel momento dell'apertura della successione, ne'crediti sopravvenutigli dopo, nella reintegro delle somme impiegate o dismettere i debiti ereditari, e nelle migliorazioni de'beni fedecommessati.

Per effetto della due Consuetudini: *Si aliquis moriens (de success. ex testamento) Et si testator, de success. morientis sine filiis ex testamento*, in Napoli e nel suo distretto ciascuno potea disporre per testamento della sola metà de'beni antichi, vale a dire di que'beni, che gli erano pervenuti dal padre dalla madre o da altri parenti *ex quocumque latere*; l'altra metà era riserbata a' figli o a' parenti più prossimi. Epperò se un testatore ordinava un fedecommesso su tutti tali beni *antichi*, poteva detrarsi la quota riserbata.

Questa esposizione non vale per certo a fare concepire una nozione completa di fedecommessi, ma basta per averne una idea sommaria, e comprendere quale incessante alimento questa materia somministrasse alle dispute forensi, e quel'inesausta sorgente fosse di liti e di domestici rancori.

DE' MAGGIORATI

La legge del 5 di agosto 1818 aveva regolato presso di Noi l' istituzione de' moderni majoraschi, ed un decreta di quella medesima data aveva approvato un Regolamento sull' oggetto. Pubblicatosi poi nel 1819 le novelle legislazione, la Sezione 7ª del Capitolo V, Titolo II, Libro III, delle Leggi civili si occupò di queste istituzioni, assoggettandole però a talune limitazioni e sollennità, che formano l' obietto di una parte delle disposizioni di quelle Sezione, e di alcuni posteriori atti legislativi Con la brevità propria di una nota esporremo:

1.° Da chi i majoraschi possono essere istituiti.
2.° Come possono istituirsi.
3.° Su quali beni.
4.° Quali caratteri il majorascato imprime a' beni,
5.° Come finiscono.

che vi sono sottoposti.

1.° La istituzione de' majoraschi può dimandarsi da quegl' individui, i cui nomi trovansi inseritti sia nel *libro d' oro*, sia negli altri registri di nobiltà; da tutti coloro, che sono nell' attuale legittimo possesso di titoli per concessione, in qualunque tempo avvenuto ; e finalmente da quelle persone, che appartengono a famiglie di conosciuta nobiltà del regno delle due Sicilie, salve tutte le altre disposizioni, che potranno di seguito essere date relativamente alla nobiltà (*Leggi civili art.* 945).

Digitized by Google

I majoraschi possono essere istituiti dagli ascendenti, siano maschi siano femmine, a beneficio de' discendenti maschi, ed anche da' genitori adottivi (*Legge de' 17 ottobre 1822 art.* 949). Da' fratelli, purchè non abbiano discendenti, in favore de' loro fratelli (*art* 950). Dagli zii e dalle zie, da' prozii e dalle prozie, quando non abbiano discendenti, in beneficio de' loro nipoti maschi (*art.* 951 e *Leg. de'* 17 *ottobre* 1822 Finalmente la moglie dell' institutore del majorasco potrà concorrere con la parte disponibile de' suoi beni dotali ed estradotali ad aumentare la rendita del majorasco in favore della discendenza comune sino però alla concorrenza della somma permessa dalla legge. Codesta disposizione non sarà obbligatoria per la moglie durante la sua vita, ma se morrà senza averla rivocata, produrrà tutti gli effetti legali dal giorno della morte (*Legge de' 29 di ottobre* 1825).

2.° Ogni majorasco per essere istituito ha bisogno dell' approvazione del Re (*art* 946). I due Procuratori generali residenti presso le due Supreme Corti di Giustizia di Napoli e di Palermo sono rispettivamente incaricati della istruzione delle dimande per majoraschi a' termini del Regolamento de' 5 di agosto 1818, secondochè tali dimande riguarderanno beni siti ne' dominj al di quà o al di là del Faro (*Decreto de' 2 agosto* 1824).

Le formalità da osservarsi sono prescritte nel cennato Regolamento de' 5 di agosto 1818. La dimanda dev' essere diretta al Re, ed accompagnata da' titoli, che giustificano le condizioni richieste per la istituzione. La dimanda con l' indicazione precisa de' beni vien pubblicata ne' fogli pubblici, e l' annunzio n'è affisso nella Cancelleria del trib civile; decorso un mese, viene trascritta nell' officio del Conservatore delle ipoteche del luogo, ove i beni sono siti Il Conservatore delle ipoteche è obbligato di dare avviso di tutte le inscrizioni, che possono sopravvenire. Il parere del Procuratore generale sarà sottoposto al Re, ed ove sia approvato, dovrà formarsi fra due mesi un atto autentico, contenente la istituzione del maggiorato con l' approvazione sovrana, e fra due altri mesi dovrà seguirne la trascrizione su' registri della Conservazione delle ipoteche Non adempiendosi alla prima ed alla seconda formalità ne' termini rispettivamente prescritti, si avrà come non impartita l' approvazione del Re.

3.° I beni da sottoporsi a majorasco debbono essere fondi rustici, censi o canoni sopra terre e rendite inscritte sul G. L. del debito pubblico, ove siano immobilizzate. Tali beni dovranno essere di libera proprietà del disponente, non soggetti ad alcuna restituzione, liberi da privilegi od ipoteche, salvo ciocchè diremo più abbasso, e perfettamente distinti da quelli, che costituiscono la riserva dovuta a' figli del disponente, la quale non deve rimanere pregiudicata nè nella quantità nè nella qualità de' beni; se non che nel calcolarsi tale riserva saranno ritenuti come esistenti nel patrimonio del fondatore le doti costituite ed ogni altra liberalità, da lui fatta (*art.* 955 e 956 *Regolamento de'* 5 *agosto* 1818—*Legge de'* 17 *di ottobre* 1822).

Però nel caso, di cui qui appresso parleremo, nel quale il fondatore di un majorasco, avendo più figli, si sia riserbata la facoltà di chiamare al godimento di esso quello, che vorrà, potrà egli con la legittima di questo figlio aumentare la rendita del majorasco, purchè la rendita de' beni già affetti al majorasco sia per lo meno il doppio di quella della legittima, o non ecceda il massimo voluto dalla legge. Il figlio potrà non accettare questa disposizione, e l' institutore del majorasco può ordinare, che in tal caso esso passi ad altro figlio con la stessa condizione. Ma se tutti rinunziano, il majorasco rimarrà al primogenito, salve le disposizioni diverse, che potranno contenersi nell' atto di fondazione (*Legge de' 29 di ottobre* 1825)

In quanto alle ipoteche generali costituite in tempi, in cui tal' ipoteche erano permesse, i beni, che ne sono affetti possono entrare nella composizione del majorasco, quando gli altri beni liberi del fondatore offrono una sicurezza bastevole a garentire il majorasco dall' effetto delle sudette ipoteche. Possono anche essere ammessi i beni soggetti ad ipot che speciali per un dritto eventuale o per crediti non esigibili tra un triennio, quando gli altri beni liberi sono sufficienti a garentire il majorasco La quale garentia sarà riputata sufficiente, allorchè i beni liberi, che si offrono per essa, elevati a capitale alla ragione del 4 per o/o, daranno l' equivalente del dritto eventuale o del capitale, non ancora esigibile (*art.* 957).

L'art 954 delle Leggi Civili stabiliva a ducati 24 mila il massimo della rendita imponibile di un majorasco ed a ducati 4 mila il minimo. La legge de' 17 di ottobre 1822 ha elevata il massimo a ducati 30 mila e ridotto il minimo a ducati 2 mila Un majorasco di una rendita minore può venire successivamente aumentato, osservandosi le stesse forme prescritte per lo stabilimento di tali fondazioni (*V. Legge de'* 17 *ottobre* 1822).

Se i beni giudicati sufficienti nel tempo della costituzione dei majoraschi, non si trovassero tali nel tempo della morte del fondatore, o per diminuzione succeduta nel di lui patrimonio, o perchè i figli non trovano la loro quota legittima nell' eredità libera, i dritti di costoro non s'intenderanno per nulla pregiudicati, e la porzione legittima di ciascuno compreso quella del chiamato al majorasco sarà precapita libera da qualunque vincolo Ove per effetto di tale precapienza il majorasco non serbera il minimo della rendita voluta dalla legge, si avrà come *ipso jure* disciolto (*art.* 958).

I majoraschi sono trasmessibili nella sola discendenza legittima e naturale del primo istitutore o in quella dell' istituito, da qualunque di essi comincerà il majorasco a' termini dell' atto di fondazione per ordine di primogenitura e col dritto di rappresentazione nella linea mascolina da maschio in maschio.

Compita una linea viene chiamato l' altra più prossima all' ultimo possessore, la quale per ordine di primogenitura viene ammessa al godimento del majorasco essendo indispensabile condizione, che il chiamato sia primogenito nella propria linea. È ammesso il dritto di rappresentazione, ma per modo di regola sono sempre escluse le femmine ed i discendenti da esse *Art.* 952).

Lo istitutore di un majorasco, che comincì da sè, potrà riserbarsi la facultà di chiamare al godimento di esso quello dei figli maschi, che stimerà di prescegliere. Tale destinazione dovrà seguire per atto tra vivi o di ultima volontà; e nel caso che non si faccia, s'intendera prescelto il primo de' suoi figli o quello che lo rappresenta. (*Legge de'* 17 *ottobre* 1822).

Possono chiamarsi al godimento di un majorasco più individui successivamente o le loro discendenze nei termini di legge (*Legge cit*).

Da ultimo il fondatore di un majorasco, che non comincia da sè, può riserbarsi l' usufrutto de' beni, che lo compongono (*Legge cit.*).

L' art. 954 delle Leggi civili non permettevo la cumulazione di più majoraschi nella stessa persona, ma l' art. 7 della più volte citata legge de' 17 di ottobre 1822 ha abrogato questa disposizione, ed ha permesso, che due o più majoraschi potessero cumularsi in una stessa persona senza veruna limitazione.

4.° I beni soggetti a majoraschi sono inalienabili, di talchè l' alienazione di tutti o parte di essi è nulla, ove non sia fatta ne' casi di utilità o di necessità o con le forme prescritte nel regolamento de' 5 di agosto 1818

La necessità o l' utilità sarà riconosciuta dal Magistrato delegato dal Re, il quale Magistrato regolerà pure l' esecuzione dell' atto onde avvenga con sicurezza ed a vantaggio del majorasco. La vendita dovrà effettuirsi con le solennità della licitazione, ed il prezzo dovrà essere depositato sino al reimpiego. Lo stesso esame dovrà farsi nel caso di permuta, e la deliberazione verrà sottoposta all' approvazione sovrana (*Regolamento citato*). Possono permutarsi le rendite inscritte sottoposte a majoraschi con fondi rustici o canoni o censi sopra terre, ma co' solenni medesimi (*Legge de' 17 di ottobre* 1822).

Gl' istitutori di un majorasco possono gravarne la

Digitized by Google

rendita di vitalizi a favore del coniuge, de' figli, o di altri parenti, purchè tali vitalizi non riducano la rendita del majorasco ad di sotto del minimo voluto dalla legge (*Legge citata*).

Le rendite poi del majorasco sono obbligate con privilegio e sino alla concorrenza di un'annata di rendita a' seguenti debiti dell'ultimo possessore del majorasco, che sono a carico del suo successore.

1.° Le spese giudiziarie.

2.° Le spese funerali.

3.° Tutte le spese dell'ultima infermità in proporzione uguale fra quelli, da cui sono dovute.

4.° I salari delle persone di servizio per l'ultimo semestre decorso o quelli dovuti per il mese corrente.

5.° Le somministrazioni di sussistenza fatte all'antecedente possessore del majorasco od alla sua famiglia pel corso di un anno, salvo il caso che siavi prescrizione di tempo minore.

6.° Le spese per le ricostruzioni o riparazioni di edifizi inservienti a fondi, canali, o di qualunque opera di simile natura, fatte ne' fondi del majorasco, sia che la somma si debba agli stessi Architetti, appaltatori, muratori, ed operai, sia che si debba ad altri, che per tal' oggetto abbiano prestato denaro; purchè le ricostruzioni o riparazioni siano a carico dell'usufrutto o non delle proprietà, giacchè per questo ultimo l'art. 16 del Regolamento de' 5 di agosto 1818 vuole, che sulla domanda del possessore si provvegga dal Magistrato.

I debiti enunciati ne' primi cinque numeri avranno il privilegio, di cui ivi è parola, anche quando riguardano il Padre o la Madre del nuovo chiamato, sebbene non siano stati i precedenti possessori del majorasco.

Tutt'i debiti mentovati ne' 6 numeri precedenti saranno pagati nel decorso di due anni sino alla concorrenza della metà della rendita del majorasco per ciascun anno (*art.* 960).

Un altro debito del precedente possessore del majorasco è a carico dell' immediato successore di esso, ed è la sopravvivenza, da quello promessa alla moglie nel contratto di matrimonio, ove non vi siano beni liberi. Tale sopravvivenza però non potrà eccedere il sesto della rendita del majorasco (*art.* 963).

Alla morte del possessore del majorasco, oltre il primogenito, cui questo si trasmette, possono rimanere superstiti altri figli maschi o femine. Se i primi non hanno beni sufficienti a potere vivere decentemente, la legge permette loro di dimandare sulle rendite del maggiorato una pensione alimentaria, che sarà definita secondo le circostanze, avendosi però come regola generale di dover essere sempre minore della rendita, che corrisponderebbe alla riserva liquidata su' beni del maggiorato ritenuti come liberi (*art.* 961).

In quanto alle femine, ove non abbiano altronde mezzi di sussistenza, sinchè si mariteranno, avranno dritto agli alimenti, e maritandosi sarà ad esse dovuta una dote, che verrà dedotta dalle rendite del majorasco in tante rate uguali da non eccedere dieci anni (*art.* 963).

7.° I majoraschi finiscono :

1. Con la caducità, quando mancano i chiamati al godimento di esso giusta le leggi della fondazione.

2. Con la deficienza de' beni, quando i beni, che lo compongono, vengono ridotti ad una rendita minore del minimo voluto dalla legge. Uno di questi casi è prevoduto dall' art. 958 delle Leggi civili, ed è stato anche da noi accennato, cioè quando i beni, che nella costituzione del majorasco si sono creduti sufficienti a costituirlo, in tempo della morte del fondatore si trovano insufficienti per lo motivo, che il suo patrimonio avendo sofferto delle diminuzioni, i figli di esso fondatore non trovano nella di lui successione la loro legittima. Gli altri casi possono dipendere o da evizioni, cui i fondi del maggiorato hanno potuto andare soggetti, o da notabili deteriorazioni avvenute per accidenti fortuiti, che li hanno distrutti o ne hanno irremisibilmente diminuita la rendita.

3. Finalmente con la derogazione fatta dal Sovrano, al quale come appartiene di giudicare delle circostanze, in cui il majorasco può essere costituito, spetta pure di giudicare delle altre, nelle quali conviene, che sia dismesso.

CAPITOLO II.

DELLA CAPACITA' DI DISPORRE O DI RICEVERE PER DONAZIONE TRA VIVI O PER TESTAMENTO.

SOMMARIO

427. Osservazioni preliminari. — Motivi, che han fatto introdurre certe eccezioni alla facoltà di donare o di ricevere.
428. Gli autori hanno distinto due sorti di capacità; la capacità attiva e la capacità passiva.
429. Vi è pure la capacità assoluta e la capacità relativa.
430. Epoche da considerarsi per la capacità. — Della capacità del testatore. — Epoca della confesione del testamento ed epoca della morte del testatore.
431. *Quid* dall' epoca intermedia?
432. Il genere di capacità, che devo avere il testatore nelle due epoche indicate, non è lo stesso.
433. Perchè la capacità naturale è solamente richiesta nell'epoca della confezione del testamento, mentre che la capacità civile è richiesta nelle due epoche? — Arresto della Corte d' Agen.
434. La regola Catoniana sussiste anche adesso relativamente al testatore in tutta la sua forza.
435. Epoca da considerarsi per la capacità degli eredi istituiti e de' legatari. — Tre epoche erano richieste nel dritto Romano per la capacità degli eredi. — Spiegazione storica della regola Catoniana, che esigeva la capacità dell' erede nel momento della confezione del testamento.
436. Numerose eccezioni a questa regola anche nel dritto Romano.
437. La regola Catoniana era rifiutata da' paesi di consuetudine. — I paesi di dritto scritto l'avevano adottata, ma non richiedevano la capacità all'epoca dell' adizione.
438. Senza di averlo dichiarato espressamente, il Codice ha adottato a tal riguardo il sistema de' paesi di consuetudine.
439. Nelle disposizioni condizionali il dritto Romano non applicava la regola Catoniana. — Con maggior ragione dev' essere lo stesso adesso.
440. Epoca della capacità delle parti nelle donazioni tra vivi. — Della capacità del donante al momento della donazione o al momento dell' accettazione.
441. In quanto al donatario basta, che sia capace nel momento dell' accettazione.
442. Applicazione di questo principio al caso, in cui la donazione è fatta ad un figlio da nascare.
443. Enumerazione delle incapacità attive.
444. Enumerazione delle incapacità passive.

Digitized by Google

COMMENTARIO

427. Una delle cose più essenziali per la validità d'una liberalità è la capacità di dare e di ricevere nella persona del disponente e del gratificato; e facilmente se ne avverte la ragione. Imperocchè questa specie di atti, essendo fondati sulla volontà dell'uomo, bisogna ammettere a parteciparvi unicamente coloro, che sono capaci di avere e di esprimere una volontà netta formale e spontanea, o che per la loro qualità non sieno in caso di esercitare una influenza funesta alla libertà di una delle parti. Da un altro lato la legge, che veglia con diligenza sugli interessi dei particolari, ha dovuto privare del dritto di donare o di ricevere certe persone, delle quali poteva temere le prodigalità, o quelle, che il loro carattere, il loro stato sociale, o il bene dello stato ne rendevano indegne o incapaci. D'onde poi certe proibizioni introdotte, non già contro le regole del dritto naturale, ma ben piuttosto in virtù del dritto naturale, vale a dire in virtù della ragione, della natura delle cose, e d'una equità ben intesa.

E siccome la facoltà di acquistare e di spogliarsi dipende dal dritto di proprietà, il quale è di diritto naturale nel più alto grado, la legge nel riservare certe necessarie eccezioni, riconosce nondimeno, che la facoltà di donare e di ricevere forma il dritto comune, ed appartiene ad ogni individuo, tranne coloro, che ne sono dichiarati espressamente incapaci (1).

428. La capacità di donare e quella di ricevere debbono sempre concorrere insieme, senza di che la liberalità peccherebbe da uno di questi due lati. Il donante ed il testatore possono ben avere in sè stessi la intiera capacità, e, se posso parlare così, *optimo iure*, essi non hanno il potere di donare ad una persona incapace, e sotto tale rapporto sono incapaci essi stessi. Il perchè i Giureconsulti hanno distinto secondo Pomponio (2) due sorti di capacità, l'una attiva, che è quella di colui che dispone; l'altra passiva che è quella di colui che riceve (3). Quel tale, che ha la capacità passiva non ha la capacità attiva. Si può essere capace di ricevere e non essere capace di donare o di testare (4). L'insensato può esser fatto legatario, e non può far testamento.

429. Vi sono ancora due specie d'incapacità, l'una assoluta l'altra relativa.

L'incapacità assoluta vieta di donare o di ricevere indefinitamente per rispetto ad ogni persona.

L'incapacità relativa vieta soltanto di donare a certe persone o di ricevere da esse. Il morto civile è incapace d'una maniera assoluta, ma è una incapacità relativa quella del tutore a riguardo del suo pupillo, del medico verso l'ammalato, di cui ha curato l'ultima malattia.

430. Nell'antica legislazione la divisione delle epoche, nelle quali bisognava essere capace per donare o per ricevere, era una materia molto imbrogliata. Il Codice a tal riguardo non è entrato in dettagli completi. Per lo che tentiamo di colmare la laguna e di presentare qualche risaltamento netto e preciso; e dapprima vediamo quali epoche sono da considerarsi per la capacità del testatore.

Tutti gli autori senza eccezione concordano nel dire, che onde il testamento sia valido, bisogna che il testatore sia capace in due epoche, 1.° quella della confezione del testamento, 2.° quella della sua morte (5). Dev'essere capace nel momento della confezione del testamento, perchè in quel momento la sua volontà vien eretta in legge domestica. Epperò se non avesse il potere e la capacità di far questa legge nella sua famiglia e su i suoi beni, se la sua volontà fosse viziata dalla demenza dalla minore età o dalla frode ecc. ecc... il suo atto sarebbe nullo sin dalla sua origine, nè avrebbe avuto mai un momento di esistenza.

Bisogna ancora, che sia capace all'epoca della sua morte, perocchè allora soltanto il suo testamento riceve la sua esecuzione. Il perchè è necessario, che nel momento supremo sia circondato dalle qualità, cui si lega il potere di trasmettere i suoi beni.

Dippiù si deve rimarcare, che il testamento non impronta la sua data dalla morte del testatore; ma deve avere per sè stesse una data fissa ed invariabile. E poichè ci sono nel testamento due tempi ben distinti, cioè la redazione della volontà, e l'esecuzione data a questa volontà, bisogna ancora, che vi sia capacità in queste due sostanziali operazioni.

431. In quanto al tempo intermedio, vale a dire a quello, che decorre tra l'epoca del testamento e la morte del testatore, se pendente tale epoca avesse quest'ultimo perduta una

(1) Art. 902 del Codice Napoleone (818 LL. Civ.)
(2) L. 16, D, *Qui test. facere possunt.*
(3) Furgole, cap. 4, n. 1.
(4) Pomponio, *luog. cit.*
(5) Furgole, cap. 4, ni 9 e seguenti.

capacità, che avesse in seguito ricuperata, questo tempo non nuoce. Ulpiano si esprime su di ciò in questo modo (1): — *Solemus dicere, media tempora non nocere.*

432. Ma qual genere di capacità deve avere il testatore nelle indicate due epoche?

Bisogna qui fare con Doneau, Furgole e Pothier una importante distinzione tra il tempo della confezione del testamento ed il tempo della morte del testatore.

Allorchè il testatore fa il suo testamento, bisogna, che riunisca tutte le condizioni richiesta per elevare la capacità al suo più alto grado di pienitudine, di cui parleremo più basso, vale a dire dritto di cittadinanza, età, integrità di mente. Se una di queste qualità gli mancasse, il suo testamento sarebbe nullo, nè sarebbe convalidato dall'acquisto, che posteriormente avesse fatto della capacità legale (2). Per esempio il testatore aveva solamente sedici anni quando ha fatto il testamento. Ove pure vivesse al di là della maggiore età, il suo testamento non varrebbe, che quanto vale il testamento di un uomo di questa età (3).

Ma all'epoca della morte si è men rigoroso, dapoichè se il testatore avesse allora perduta qualcuna delle facoltà accessarie per manifestare una volontà libera o ragionata, come se fosse divenuto insensato o furioso, il testamento, che avesse fatto prima di questa alienazione mentale, sarebbe valido, dapoichè questa incapacità è soltanto relativa alla volontà, e non può aver effetto retroattivo su di una volontà regolarmente manifestata prima, e che dà una piena certezza delle disposizioni contenute nel testamento (4).

Che se in tempo della sua morte il testatore avesse provato uno di quei cambiamenti di stato, che privano della facoltà di trasmettere i propri beni per testamento, come se fosse stato condannato ad una pena afflittiva perpetua, il suo testamento anteriore non potrebbe produrre verun effetto. Così insegna Ulpiano in questo testo preciso: « *Irritum fit testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contigit: puta si civitatem amittat per subitam servitutem. — Sed et si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel alia poena, quae vitam adimit, testamentum ejus fiet irritum* (5) ».

Questa distinzione è capitale, e spiana molte difficoltà (6). Un arresto della Corte di Agen de'23 di Giugno 1824 la consacra, dichiarando nullo un testamento fatto da un individuo, che dopo di essere stato condannato ai lavori forzosi perpetui, era morto in questo stato d'incapacità (7). Del resto è ciò, che allora risultava dall'art. 25 del Codice Napoleone, e che oggi risulta dall'art. 3 della legge dei 31 di maggio 1854.

433. Il perchè vi è una distinzione da fare tra la capacità naturale e la capacità civile. La seconda è richiesta nelle due epoche, la prima è solo richiesta all'epoca della confezione del testamento.

Codesta differenza si spiega per delle buone ragioni.

Se la capacità civile, vale a dire quella, che dà il potere legale di trasmettere i suoi beni, è perduta nel momento della morte, se il testatore è stato privato dalla pena, dalla quale è stato colpito, s'insorgerebbe contra l'opera della giustizia, se la si facesse produrre degli effetti civili. Epperò il testamento deve cadere pel potere della pena, che colpendo la persona, paralizza l'esercizio dei suoi dritti.

Non avviene lo stesso della capacità naturale, mentre che importa, che venga abolita da una causa naturale, come la follia? La volontà di testare non è stata meno espressa in un tempo, in cui il testatore godeva di tutte le sue facoltà, ed il fatto naturale ulteriore non potrebbe nul'a detrarre al fatto naturale precedente, che basta a se stesso. O che la ragione del testatore muoja per la di lui morte o per la di lui demenza, il risultamento è lo stesso, ed il testamento non ne riceve verun scuotimento.

434. Da tutto ciò risulta, che un testatore non può fare un testamento valido, che in quanto è pienamente capace in tempo della confezione del testamento, e che inoltre muoja in istato di capacità civile. Del resto poco importerebbe, che ricuperasse più tardi una capacità, di cui è stato privato in tempo della redazione del testamento, perciocchè questa capacità tardiva non gli gioverebbe più, giusta la celebre regola di Catone: « *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* (8) » Per lo che non vi è difficoltà a dire, che la regola catoniana esiste in tutta la sua forza relativamente al testatore. Ed in questo senso si può ripetere col Giureconsulto Celso: « *Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile fo-*

(1) L. 6, § 2, D., *De haered. instit.*, e sopratutto l. 6, § 12, D., *De injust rupt. test.* Aggiungi Giustiniano, Inst. *Quib. mod. test. inf.* Doneau, VI, 5, 13 e 14. Furgole, cap. 4, n 9.

(2) L. 8, § 1, D., *Qui test. facere possunt.*

(3) V. *infra* sull'art. 904.

(4) Ulpiano, l. 20, § 4, D., *Qui test. facere poss.*, ed ancora l. 1, § 9, D., *De bon. poss. secund tab.*

(5) L. 6, § 5 e 6, D., *De injusto, rupto, irrito fact. test.*

(6) Doneau, VI, 6, 15. Ricard, parte I, n. 197. Furgole, cap. 4, nⁱ 9 e 10. Pothier, *Pand.*, l. II, p. 172, nⁱ 5, 6, 7; p. 174, n. 18. Toullier, t. V, nⁱ 86, e 87. Merlin, Repert., t. XVII, p. 645, n. 2. Grenier, t. 1, p. 626, e seguenti con le note di Bayle-Mouillard.

(7) Dalloz, 25, 2, 9.

(8) Paolo, l. 29, D., *De reg. juris.* Licinio Rufino, l. 210, D., *eod. tit.*

« *ret, id legatum, quandocumque decesserit,* « *non valere* (1).

435. Vediamo ora le epoche da considerarsi per la capacità degli eredi istituiti e dei legatari.

Nel diritto romano la regola generale era, che l'erede istituito doveva essere capace in tre tempi, cioè: nell'epoca del testamento, alla morte del testatore, e nell'accettazione dell'eredità.

La capacità nel tempo dell'adizione dell'eredità era solo richiesta per gli eredi estranei, *extranei*, dapoichè per dritto romano la sola adizione poteva far loro acquistare l'eredità, e dar loro il dritto di trasmetterla ai loro eredi. Ma secondo la l. 1, C., *De his qui ante apert. tabul hered.* i figli e gli altri discendenti, ch'erano eredi suoi, divenivano eredi, e trasmettevano l'eredità da' tempo della morte, senz'averl' accettata; sì che per riguardo ad essi non si richiedeva adizione (2).

Bisognava, che l'erede fosse capace in tempo della morte, perchè allora il suo dritto nasceva.

Bisognava, che fosse capace nel giorno della confezione del testamento giusta la regola Catoniana, della quale qui sopra abbiamo fatto conoscere la disposizione (3).

Catone, che secondo Cicerone fu il primo Giureconsulto dei suoi tempi (4), faceva il seguente ragionamento, nel quale si dipinge tutto la precisione del primitivo dritto di Roma (5): « Se il testatore fosse morto nello « stesso momento, in cui finiva il suo testamen« to, l'incapacità dell'istituito e del legatario « l'avrebbe reso inutile: epperò giusta il pria« cipio, che vuole, che quel che è inutile « nell'origine, non possa essere validato dal« l'elasso del tempo, la capacità più tardi so« pravvenuta al legatario, non gli potrà pro« fittare, e perciò doveva essere capace in « tempo della confezione del testamento (6). » Nè bisogna credere, che tutto fosse rigorismo e sottigliezza in quest'argomentaziona, dapoichè, eravi altra cosa che un abuso di logica, eravi una necessità di quell'antica legislazione, secondo la quale il testamento si faceva per *aes et libram*, e nella quale l'erede instituito, comprando l'eredità, doveva essere capace nel tempo di questa compra, vale a dire in tempo dal testamento. Laonde Catone era nel vero, e la sua regola era irreprovevole.

Dopo la caduta del testamento per *aes et libram*, questa idea sussistè nella forma novella, che per imitazione ne aveva preso il posto. Nonpertanto sarebbe stato meglio di accomodarla alle modificazioni subite dal testamento (7); e non credo, che negli ultimi tempi del dritto romano si possa dire con Cujacio, che essa avesse *rationem summam* (8).

436. Difatti i testamenti non producono e fetto pel legatario o l'erede instituito, che dalla morte del testatore. Che importa relativamente a loro il tempo anteriore a questa morte, purchè siano capaci nel momento, in cui acquistarono i loro dritti? In tutti gli affari possibili è l'epoca dell'acquisto ch' è influente e decisiva. Per quale ragione sarebbe diversamente pei testamenti? Senza dubbio il testatore deve essere capace nel momento della confezione del testamento, ma è perchè questo atto emana da lui, e che per agire bisogna essere *idoneus ad agendum*. Ma l'erede istituito o il legatario non hanno neppure una parte passiva da rappresentare in tempo della confezione del testamento. Vi sono soltanto nominati senza veruna partecipazione da parte loro, a se il testatore li ha avuti in mira, non è stato per conferire loro dei dritti immediati, non è stato per spogliarsi attualmente a loro favore, ma solamente per gratificarli dopochè non esisterà più. Da che siegue, che nella stessa volontà del testatore tutto si riferisce all'epoca della sua morte, che conferisce dei dritti unicamente per questa epoca, e che è inique di esigere una capacità attuale per un acquisto che non si fa attualmente. D'altronde, come dice Domat, il testamento è sempre fatto con questa condizione tacita: « che il disponente « persiste sino alla morte. » Sì che la riunione della morte e della persistenza a volere gratificare è quella, che dà vita ed effetto al testamento; senza il concorso di queste due circostanze è nullo ed inefficace; nullo, se vi è cambiamento d'intenzione, inefficace se colui, che l'ha fatto, non è morto. E per una conseguenza diretta bisogna dire, che la capacità del legatario è inutile prima del concorso di queste due circostanze, perocchè l'atto, che lo concerne, non è peranco, che una specie di progetto senza forza e senza valore. Infine i Giureconsulti romani hanno eglino stessi riconosciuto, che la loro regola Catoniana è soggetta ad una folla di eccezioni. « *Quae definitio in quibusdam falsa est.* » dice il Giureconsulto Celso (9). Ed in effetti era falsa pel testamento militare, più libero dalle pastoie

(1) L. 1, D., *De regula catoniana.*
(2) Doneau, *luog. cit.*, n. 43.
(3) L. 1, D., *De reg caton.*
(4) Cicerone, *De oratore*, 1, 37. V. l. 1, § 38, D., *De origin. juris.* Aggiungi Tito Livio, XXXIV, 1, e seguenti, XXXIX, 42, e seguenti.
(5) V. su questa regola Otomano, 2, *oss.* 8. La l. 86, D., *De cond. et demonst.* la chiama *sententia catoniana*. V. ancora la Novella, 26, e Teofilo, *Instit.*, *De legat.*, § 32.
(6) Cajo, II, comm. 244.
(7) Domat, part. 2. lib. 1, tit. 1, p. 359, ediz. del 1777, *Temi* t. VII, p. 140.
(8) Sulla legge 3, D., *De reg. cat.* (*Quest. Papin.*, lib. 15).
(9) L. 1, D., *De reg. caton.*

Digitized by Google

del dritto scritto (1), e per la donazione e causa di morte (2), era falsa pel figlio di famiglia e gli eredi suoi (3), era falsa nel legato di libertà ed in molti altri casi enumerati da Cajo con una perfetta esattezza (4).

437. I paesi di consuetudine la dichiararono falsa del tutto (5), comechè la ragione la respingeva dal sistema testamentario adottato dalle consnetudini. Bastava, che l'erede ed il legatario fossero capaci in morte del testatore.

Adunque la regola catoniana ebbe soltanto gli onori della sopravvivenza nei paesi di dritto scritto, che sì sovente adottarono per rotina quello, che per ragione avrebbero dovuto ricusare.

Diciamo nondimeno, che la capacità dell'erede o del legatario non era richiesta nei paesi di dritto scritto, che in due epoche, in tempo del testamento e nel tempo della morte: in quanto al tempo dell'adizione, la massima *il morto impossessa il vivo*, generalmente adottata in Francia, aveva fatto abrogare la legge romana in ciò, che concerneva la capacità per quest' epoca. Bastava dunque, che l' instituito o il legatario fossero capaci nelle due epoche del testamento e della morte; era già oltre la metà.

438. Tale era lo stato delle cose in tempo della promulgazione del Codice Napoleone. Il Legislatore non ha creduto necessario di dichiarare espressamente e d'una maniera generale, che il sistema suo è quello dei paesi di consuetudine. Ma delle possenti induzioni non permettono di mettere in dubbio il suo pensiero (6). In effetti l' artic. 906 contiene: « Per « essere capace di ricevere per testamento basta di essere concepito all'epoca della mor« te del testatore. » E siccome la maggiore incapacità è la non esistenza, ne siegue *a fortiori*, che in tutti gli altri casi basta di essere capace in tempo della morte del testatore.

439. Relativamente alle disposizioni condizionali il dritto romano non applicava la regola Catoniana. « *Placet Catonis regulam ad « conditionales institutiones non pertinere* (7). Bastava, che l'erede fosse capace in tempo dell'evento della condizione, dapoichè il testatore nel sottoporre la sua volontà ad una condizione, si presumeva di avere preveduto, che questo erede potesse divenire capace prima dell'avveramento della condizione (8). Così la legge 62, D., *De hered. instit.* dice di potersi istituire una persona incapace per raccogliere l'eredità in un tempo, in cui sarà capace. E rimarcate, che anche in questo caso non è necessario di essere capace in tempo della morte del testatore, ma basta di esserlo nel momento, in cui giunge la condizione (9).

E s'era così nel dritto romano malgrado la regola di Catone, con più forte ragione questa giurisprudenza dev' essere regola adesso (10).

(1) L. 13, § 2, D., *De testam. milit.* Furgole, cap. 6, n. 24.

(2) L. 22, D., *De mortis causa don.* Furgole, cap. 6, n. 50.

(3) L. 49, § 1, D., *De haered. instit.* L. 11, D., *De liberis et post.* L. 3, § 10, D., *De bon. poss. contra tab.*

(4) Nelle quist. papin., lib. 15, sulla legge 3, D., *De regula caton.* Paolo, aveva scritto un libro sulla regola di Catone. L. ultim., D., *De cast. pecul.*

(5) Furgole, cap. 6, n. 46.

(6) Toullier, t. V, n. 90. Grenier, t. I, p. 630, n. 150 (edit. Bayle-Mouillard), *Infra*, n. 712.

(7) L. 4, D., *De reg. caton.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 439, n. 2.

(8) *Infra*, n. 611.

(9) Furgole, *luog. cit.* Toullier, t. V, n. 91.

(10) Indarno in una dissertazione pubblicata nella Temi (t. I, p. 137), il Sig. Demante pretende, che la capacità dell'erede istituito sotto condizione era richiesta nel tempo della confezione del testamento, e che la legge 62 è soltanto applicabile a coloro, ch' erano colpiti dalle leggi caduciarie, quali i *celibi e gli orbi*. Per provare la sua proposizione il Sig. Demante si poggia sul § 4, Inst., *De hered., qualit. et diff.*; sulla legge 59, § 4, D., *De hered. inst.* (*Pand.*, t. II, p. 199, n. 24). Ma come Furgole lo ha benissimo provato (cap. 6, ni 43 a 44), questi testi non hanno nulla di contrario, a quel ch'è stato detto qui sopra, e non credo che se ne possa ritrarre molto vantaggio. Del resto si basterà di opporre al Sig. Demante un autore, pel quale i redattori della Temi professano un gran rispetto, Doneau (*Comment. juris civ.*, lib. VI, cap. 27, n. 30. V, pure lib. VIII, cap. 13, n. 6). La citazione, che ora faremo, proverà, se la legge 62 dev' essere solamente intesa del caso, in cui si tratta de' colpiti dalla legge *Papia*, o di ogni altro incapace: « *Quae tamen de his, « qui heredes institui non possunt, huc usque diximus, « omnia sic accipienda sunt, ut frustra sit institutio, « si hi instituti sint pure et simpliciter. Quod si instituantur sub conditione, si capere poterunt, vel cum « capere poterunt, benigne receptum est, valere institutionem.* L. *in tempus* 62, *De hered. inst.*: *Ut si « deportatus institutus sit hac conditione, valeat institutio, et admittitur, institutus ad hereditatem, quandocumque institutus civis Romanus esse coeperit. « Idem et de caeteris intelligendum est.... Id que est « quod dicitur, regulam catonianam..., ad conditionales institutiones non pertinere.* » L. 1, I. pen., D., *De reg. cat.*

Quel che vi è di rimarchevole si è, che Vinnio abbreviatore di Doneau, abbraccia l' opinione di questo maestro nelle sue *Partizioni di dritto*, lib. I, cap. 37. Ora Vinnio non è un abbreviatore ordinario, che giura sulle parole del Maestro. Da ultimo il maggiore dei Giureconsulti, Cujacio, insegna, che nelle disposizioni condizionali si deve solo considerare il tempo dell' avveramento della condizione secondo la legge 59, § 4 (*Obs.* 4, lib. IV, e *Quaest. Papin.*, lib. XV, I. 3, D., *De reg. cat.*).

Nonpertanto bisogna dire, che il Presidente Fabro, nelle sue *Conject.*, lib. XIII, cap. 19, sostiene molto a lungo, combattendo Cujacio, che nelle istituzioni condizionali si deva considerare non solamente il tempo dell' evento della condizione, ma anche quello della confezione del testamento. Ha per seguace Hilliger, commentatore di Doneau, che combatte l' avviso di questo ultimo (*Comm.* lib. VIII, cap. 13, nota 5).

Fabro dà le seguenti ragioni in sostegno della sua opinione.

Dapprima cerca di stabilire, che la regola catoniana ha avuto in mira solo i legati e non le instituzioni di erede; ed anche che non ha potuto parlare di legati, che in quanto fossero contenuti in un testamento vali-

440. Sin qui non abbiamo parlato, che della capacità attiva e passiva nel testamento; bisogna vedere i principî relativi alla capacità delle parti nelle donazioni tra vivi.

E dapprima siccome la donazione è perfetta col consentimento delle parti, in tempo di questo reciproco consenso il donante ed il donatario debbono essere capaci.

Ma può avvenire che l'accettaz'one del donatario, cho è l'atto del suo consentimento, non concorre col momento della donazione, nel qual caso è oggetto di una manifestazione posteriore e separata (1). Ecco quali sono le regole su questo punto.

Il donante deve esser capace in tempo della donazione ed in tempo dell'accettazione. In tempo della donazione, perchè fà atto di volontà, e che per agire bisogna essere *idoneus ad agendum*, nel tempo dell'accettazione, perchè essa opera il concorso delle due volontà e genera la traslazione della proprietà. Or che arriverebbe se fosse incapace in questo momento decisivo? Vi sarebbe una volontà invece di due e l'atto mancherebbe di uno di questi due termini (2). L'art. 932 del Cod. Napoleone (a) offre a tal riguardo un poteate argomento.

441. È lo stesso del donatario? È necessario, ch' egli sia capace e nel tempo della donazione e nel tempo dell'accettazione? ovvero basta che sia capace nel solo tempo dell'accettazione? Questa quistione è facile a risolversi comechè è evidente, che la capacità del donatario non dev' essere riguardata che nel momento dell'accettazione, perocchè la sola accettazione forma il suo dritto. Che cosa è la donazione, che non è ancora accettata? È, se non un progetto, come dice Furgole (3), almeno una offerta. Non vi è ancora un legame formato, e bisogna, che intervenga l'accettazione, onde vi sia *vinculum juris*, obbligazione. Or poichè la donazione riceve dall'accettazione la sua forza, poichè è questa, che obbliga il donante verso del donatario, è chiaro, che basta, che il donatario sia capace nel tempo di questa obbligazione (4).

442. Ciò serve a risolvere la quistione, se la donazione essendo stata fatta ad un figlio da nascere, l'atto diviene valido con l'accettazione, che è fatta della liberalità in vita del donante. Vi ritorneremo nel nostro commentario dell'articolo 906.

443. Le incapacità attive, siano assolute, siano ristrette, o relative possono riassumersi nella seguente enumerazione:

1.° L'infermità della mente, ciocchè comprende il furore, la demenza, la follia, l'imbecillità, la violenza e il timore, il dolo e la frode, la captazione e la suggestione, ed anche l'errore; 2.° la condanna ad una pena afflittiva perpetua (5), 3.° La minore età, 4.° lo stato di donna maritata, 5.° la prodigalità.

444. Le incapacità passive, siano assolute, o relative, sono: la condanna ad una pena afflittiva perpetua, l'indegnità, l'incertezza della persona (6).

La qualità di tutore (art. 907), di medico o chirurgo (art. 909), di ministro del culto (articolo 909), di testimone istrumentorio (arti-

do, perocchè sarebbe stata una cosa derisoria d'insistere sulla inutilità di un legato contenuto in un testamento inutile.

Se le instituzioni di un erede nulle nel cominciamento, non possono in seguito divenire valide, *convalescere*, non è per la regola di Catone, ma per le regole di dritto anteriore a Catone. L. penult. D., *De reg juris*. (*Pand.*, t. III, p. 805, n. 839). Questa legge contiene: « *Quae ob initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest.* » Giusta queste regole del dritto romano le instituzioni condizionali dovevano essere valide anche in tempo della confezione del testamento, e vi si richiedevano tre epoche: 1° il tempo della confezione del testamento; 2° il tempo della condizione; 3° il tempo dell' adizione. Fabro aggiunge, che il tempo del testamento era sembrato tanto più necessario a considerarsi nell'istituzione dell'erede, quantochè l' istituzione serve di fondamento al testamento; ma che i legati dipendevano tuttaffatto dall' instituzione, che per conseguenza, se l' instituzione era utile, bastava di considerare pel legato un' epoca sola, quella della condizione, se era condizionale. Che valeva di considerare pe' legati l' epoca della confezione del testamento, se l'instituzione essendo valida, i legati, che seguivano l'instituzione, dovevano pure sussistere? Secondo Fabro per cambiare quest'ordine di cose che Catone aveva fatta la sua regola, cioè per dire, anche nei legati si doveva considerare il tempo della confezione del testamento; ma Catone non si era occupato dell'instituzione.

Fabro sa tutta la forza dell' obbiezione, che Cujacio trae dalla legge 1, § 4, D, *De reg. cat.*, che contiene: « *Placet Catonis regulam ad* CONDITIONALES *institutiones non pertinere.* » (*Pand.*, t. II, p. 439, n. 2). Dunque, dice Cujacio, se la regola di Catone non concerne le istituzioni condizionali, concerne le istituzioni pure e semplici. Ma Fabro, la cui audacia non è arrestata da' più formali testi, cancella la parola *conditionales* come sfuggita ad un ignorante copista.

Non so, se si potrà esser pago, come fa Hilliger, delle ragioni di Fabro, perocchè mi sembrano più sottili che solide. Per me penso che deve farsi con Cujacio questo ragionamento: la regola di Catone non concerne nè le istituzioni nè i legati fatti con condizioni. La legge 4 lo dice formalmente. Dunque non si deve considerare il tempo della confezione del testamento, ma il tempo dell' avveramento della condizione, dunque la legge 62, D., *De hered. instit.* s'applica ad ogni specie d' incapacità; o quando anche essa non vi si applicasse, l' impossibilità di applicare la regola Catoniana renderebbe valida la disposizione, per la quale s' instituirebbe un incapace sotto la condizione, che diverrà capace.

(1) *Infra* n. 1097 e seguenti.

(2) Toullier, t. V, n. 96. Grenier, t. I, p. 620, 621, n. 158.

(a) 856 delle Leggi civili. — *Il traduttore.*

(3) Furgole, *Quist. sulle don.* ni 6, 7, 9.

(4) Toullier, t. III, n. 206. Grenier, t. 1, p. 620. Dimante, *Temi*, t. VII, 1825, p. 371.

(5) Art. 3 della legge de' 30 maggio 1854, che ha pronunziato la soppressione della morte civile. V. *infra* n. 512.

(6) *Infra* ni 544 e seguenti, ed art 906.

colo 975), di figlio naturale (art. 908), di conjuge (art. 1091 e seguenti) (a).

Passeremo tutti questi punti in rassegna nel corso degli articoli, che sieguono.

ARTICOLO 901 — (817)

Per fare una donazione tra vivi o un testamento bisogna essere sano di mente (b).

SOMMARIO

(a) Gli articoli 907, 908, 909, 975, e 1091 del Codice Napoleone corrispondono agli articoli 823, 824, 825, 901, 1046 delle Leggi civili. — *Il traduttore.*

(b) A quest' art. corrisponde esattamente l' art. 817 delle nostre Leggi civili. — *Il traduttore.*

Digitized by Google

492. Differenza di senso tra *suggerire e suggestione*.
493. Difficoltà di fare ammettero delle pruove di soggestiooe e di captazione.
494. Malgrado il silonzio del Codice è certo, cbo il testameoto potrà essere cassato per suggestione e captaziooo.
495. Riovio all'art. 909.
496. Il concubinato non é nna pruova irrefragabile di captaziono. — Riovio al n. 568.
497. Noo vi è captazione nella circostaoza, cho il testatore fosso ricorso all' avviso di un consigliore.
498. So però questo consigliera avosse impiegato dei mezzi fraudolenti, vi potrebbo essere captazione. — Esempi.
499. Rinvio al n. 468.
500. Dell' erroro. — *Quid* dol caso, io coi la causa finale della disposizione è errooca? — Esempio riferito da Cicerooo.
501. *Quid* se l' errore versa sulla stessa persona dell' erede o sul corpo della cosa legata?
502. *Quid* so l' errore versa sulla qualità della persona, e cbe qoesta qualità sembra di essore stata la condiziono doterminanto?
503. *Quid* so la qualità noo è stata la condizione determinaote?
504. *Quid* dell' erroro di dritto nel oaso, in cui è stato la causa finale della disposiziooe? — Specie riferita da d' Olivo.
505. L'erroro, cbo versa unicamento sul oome proprio, quando l' identità è costante, può ripararsi.
506. Dell' ubbriachezza. — Il testamento fatto io istato di ubbriachezza può esssere cassato.
507. Quid nol caso di suicidio dol testatore?
508. Il testamento olografo noo é al sicuro degli attacchi por demenza, captazione, suggestione ecc...; solamcoto lascia supporre per ragione della sua forma una maggiore capacità nel tostatore, cho l' ha scritto, e rendo così più difficile la pruova contraria.

COMENTARIO

445. L'art. 901 abbraccia nella sna disposizione le donazioni tra vivi ed i testamenti; è desso di uo'estrema importanza, e rappresenta uoa gran parte dinanzi i Tribuoali.

Dapprima osserviamo, che queste parole *sano di mente* hanno una grand'estensiooe; *late patent*, come dice Cujacio. Nè significano soltanto quell' iotegrità di giudizio, che i Romaoi chiamavano *sinceritas mentis*. e ch'esclude la demenza, il furore, l' imbecillità, ma vogliono dire dippiù, che l'animo del testatore dev'essere libero, indipendeote, e scevro di perniciose influenze. Sotto di questi differenti rapporti esamioeremo nel corso di quest'articolo i vizi della volontà del donante o del testatore.

446. L' intelligeoza dell'uomo è come uno specchio, sul quale la ragiooe fa apparire la nozione del bene e del male. L'intelligeoza vede; la ragione consiglia; la volontà decide (1). La volontà per essere perfetta dovrebbe sempre obbedire alla ragione, dapoichè il completo accordo della voloatà con la ragione fa la saviezza. Ma la volontà troppo sovente si lascia dominare dalla passione piuttosto che dalla ragione, ed allora commette de' falli e divieoe riprensibile. Nondimeno non cessa di essere volontà, il perchè impegna la responsabilità dell' uomo, meotre per essere la volontà irresponsabile, non basta di porsi in lotta con la ragione, ma bisogna, che non sia rischiarata dall' iotelligenza. Ogoi volta, cbe con Orazio può dirsi di essa:

Meliora video, proboque, deteriora sequor;

la cooscieoza del male, che commette, fa pesare su di essa l'imputabilità della legge o della morale. Ha agito con cognizione di causa, ha agito liberameote; l' azione quindi dev'essere giudicata come uo'opera della libertà.

Gli stoioi chiamavano volontà la sola volontà ragionevole, e diceyano passione la volontà sfreoata (2). Codesta opinione si risente dell'esagerazione de'loro principi, secondo i quali ogni vizio era una follia. La verità è, cbe la cattiva voloatà è uoa voloatà, di cui l'uomo risponde, quando non ha perduto la oozione del bene e del male. E S. Agostino ha detto benissimo, che il peccato non sarebbe peccato, se non fosse volontario.

Ma se la voloatà vieoe a perdere il Mentore, che Dio ba messo presso di essa, se l' infermità, che si disteode sull'aoimo come sul corpo, estiogue la fiaccola della ragione, l'uomo cessa di essere responsabile. Egli oon ba agito da uomo; la creatura iotelligeote è scomparsa, ed è solo rimasto un corpo privo della sua metà.

447. Si sa, cbe la voloatà può essere pervertita da due specie ben distinte di cause viziose la prima consiste nelle passioni, che agiscooo sulla volontà seoz' alterare l'esseoza di un discernimento ragionevole; la seconda consiste nell'alienazione mentale, che turba la volontà sol perchè disorgaoizza di una maoiera fondameotale le facoltà iotellettuali. Le passioni sono, se si può parlare così, una malattia del cuore (3) che se opprime la ragione, non la sopprime. L'alieoazione meotale è uoa malattia della stessa ragione, una distruzione viscerale di questo dono di Dio, che scomparisce in un' ecclisse centrale, e va ad estinguersi in mezzo delle tenebre.

(1) Mantica, *De conject.* 1, 3, 1 ha trattato questo punto in un modo rimarchevolissimo.

(2) Cicerone, *Tuscule*, 4, 6.

(3) In effetti esse agitano il cuore.

Digitized by Google

La Rochefoucault ha detto « La passione « sovente fa un matto de' più savi uomini » (1). Ma l'illustre moralista non ha qui parlato dal tristo e doloroso stato dell'uomo, privato della sua ragione. La passione turba, trasporta, eccita, quale oragano passaggiero, che gonfia le onde; però non distrugge la ragione, non rende matto nel senso proprio della parola. La Rochefoucault lo sa a meraviglia, perciocchè tocca in qualche parte i falli, che le passioni fanno commettere (2). Ma un pazzo non commette falli.

Nel linguaggio dei moralisti le passioni violenti sono riguardate, come un attentato alla sanità dell'anima (3). Perocchè l'uomo trasportato dalla collera, dalla vendetta, dalla sfrenata ambizione, sembra di non appartenere a sè stesso (4); soffre; non gode di quella tranquillità, che dà la saggezza, non ha la sanità morale. Ma questa specie di disordini sono perfettamente distinti dai moralisti giudiziosi da quella malattia ben altrimenti deplorabile, che s'impadronisce della stessa ragione, che n'est ogne la fiaccola, ed è la cecità dell'intelligenza: *mentis ad omnia caecitatem* (5). Colui, che è solamente in preda di una passione, sente in lui i due uomini, di cui Racine parla ammirabilmente, e che Luigi XIV riconosceva nel suo cuore. In questa lotta della passione e della ragione, di cui egli è insieme il teatro ed il giudice, vede i combattenti alle prese, distingue le loro armi, e la vittoria dipende da lui. E siccome non è abbandonato dalla ragione, anche quando egli l'abbandona; siccome, malgrado la sua colpa, ha sempre la conscienza di ciò, che avrebbe dovuto fare in luogo di ciò, che ha fatto, avviene di non essere sciolto dall'adempimento di questi doveri comuni, che sono la legge di tutti gli uomini (6). Resta nella vita civile, e ne ha tutti i diritti con tutte le obbligazioni.

Ma il folle, la cui intelligenza è un sepolcro chiuso alla luce, ignora il bene ed il male morale, il soffio spirituale si è estinto in lui, e l'ha lasciato neutrale tra la ragione e le passioni, obbedendo solo a degl'impulsi macchinali ed incapaci della lotta del buono e del cattivo principio. È desso un mare, che si agita senza conoscere quel, che muove le sue onde; è un vulcano, che lancia la lava senza saperne il perchè. Che farà lo sventurato nella vita civile, che è uno scambio di dritti e di doveri, la cui natura gli sfugge? (7) Nel suo stesso interesse bisogna, che ne sia allontanato.

448. Ciò stabilito, è chiaro, che il matto non potrebbe fare un testamento. Il Giureconsulto Africano (8), eco della legge delle Dodici Tavole (9), ha benissimo detto, che il pazzo non ha volontà: *furiosi autem voluntas nulla est*. Il Giureconsulto Paolo lo paragona ad un uomo, che dorme, e le di cui affezioni sono sospese (10). Ulpiano la chiama *mentis non compos* (11). Or siccome il testamento è l'attestato della nostra volontà su ciò, che deve essere fatto dopo la morte, il pazzo è radicalmente incapace di testare, mentre che l'uomo, ch' è semplicemente preso dalla passione, può fare un testamento valido, imperciocchè ha una volontà meditata, espressione del suo libero arbitrio. Quando anche questa volontà non fosse per se stessa quella, che il savio avrebbe preferita, la legge la rispetta, purchè non ferisca l'ordine pubblico ed i costumi, perocchè è d'uopo, che essa prenda gli uomini come sono fatti, vale a dire con le loro imperfezioni. Ogni volontà dettata da una risoluzione intelligente, ed emanata da un uomo, che è stato libero di agire, e che ha saputo ciocchè faceva, è una volontà, che vale, comunque in se non sia la migliore. La legge non si occuperà di pesare in tutti i loro gradi la bontà degli atti. Essa guarda una gran linea, l'ordine pubblico ed i costumi, tutto ciò, che resta al di quà, non è l'oggetto delle sue investigazioni. Se il testatore, libero d' agire, ha avuto la conscienza di quel che ha fatto, il suo libero arbitrio è tenuto per buono quando anche fosse più arbitrario, che ragionevole. Solamente vi ha luogo ad esaminare, se il testamento fatto nel momento del parossismo d'una violenta passione possa sostenersi. Il che vedremo più tardi: però si può dire sin da ora, che le circostanze hanno una granda influenza sulla decisione di questa quistione.

449. Ritorniamo all'alienazione mentale. Ve ne sono di molte specie, l'imbecillità, la demenza, il furore (12).

I Romani avevano originariamente una sola parola legale per esprimere tutti i generi di alienazione mentale, ed era la parola *furiosus*, della quale servivasi la legge delle Dodici Tavole (13). Più tardi se ne trovano delle altre. Giuliano (14). Ulpiano (15) e Macro (16) si servono nel Digesto delle parole *demens*, *dementia*,

(1) Riflessioni *morali* n. 6

(2) §. 422.

(3) Cicerone, *Tusculane* 3, 5. La Rochefoucault, § 118.

(4) *Exisse ex potestate dicimus eos*. Cicerone, *Tuscul. loc. cit.*

(5) *Idem*.

(6) « *Posse tamen tueri mediocritatem officiorum, et* « *vitae communem cultum, atque usitatum.* » Cicerone, *Tuscul*, 3, 5.

(7) Cicerone, *luog. cit.*

(8) L. 47, D., *De acq. haered.*

(9) Cicerone, *De invent*, 2, e *Tuscul.*, 3, 5.

(10) L. 1, § 3, D., *De acq. possess*. Aggiunge nella legge 12, § 2, D, *De judiciis: quia judicio carent*.

(11) L. 20, § 4, D, *Qui test. facere possunt*.

(12) Art. 489, Cod. Napoleone, (412 delle LL. Civ.)

(13) Cicerone, *luog. cit.*

(14) *Curator dementi datus*. L. 7, § 1, D., *De curat. furios.*

(15) L. 8, § 1, D., *De tutorib. et curat.*

(16) L. 14, D., *De officio praesid.*

Digitized by Google

che ritornano anche nel Codice (1) *Mente captus* (2) è ancora scritto in molti testi (3) del pari che *mentis non compos* (4). Allorchè queste denominazioni vennero introdotte nel linguaggio del dritto, la parola *furiosus*, benchè conservasse qualche volta il suo senso primitivo o generale (5), venne frequentemente ristretta al caso di furore (6), mentre che *demens* significò gli altri generi di follia, come anche *mente captus*.

La nostra nomenclatura è più precisa, ed indica tre differenti stati de'le malattie mentali. I medici ne riconoscono quattro: la mania, la melanconia o monomania, la demenza, e l'idiotismo (7). Vedremo, che ciò non è altra cosa, che la classificazione del Codice con un dettaglio dippiù e con differenti parole; parole improntate dal greco (*manian melanconian*), e che Cicerone segnalava come mancanti di giustezza o di chiarezza (8).

L'imbecillità è un indebolimento della mente, che ravvicina l'ammalato all'infanzia ed all'estrema decrepitezza.

La demenza è l'espressione generica, che indica tutte le varietà della follia, è la privazione della ragione coi suoi accidenti ed i suoi fenomeni diversi. Follia continua (9) o intermittente; follia totale o parziale; follia tranquilla o tempestosa e delirante; la demenza (*dementia* privazione della mente) esprime tutto questo.

Ma quando la demenza minaccia la vita degli altri, quand'ella si diffonde in momenti forsennati, in atti di selvaggia ferocia, in tentativi sanguinari, prende più particolarmente il nome di furore (10) La sicurezza pubblica prescrive in simile caso delle misure di precauzione. Il furore è la specie; la demenza è il genere (11).

Tutte le specie di demenza hanno per principio una malattia essenziale del'a ragione, e per conseguenza l'assenza di deliberazione, di volontà, di responsabilità; è lo stesso dell'imbecillità (12).

450 È vero, che il pazzo non è incapace di giusti ragionamenti in mezzo della sua maggiore follia, ed assai sovente si veggono degli insensati, che associano delle idee ragionevoli alla loro idea stravagante, e che pongono della logica nella loro stessa follia. Ma questo fenomeno non impedisce l'esistenza del loro male profondo, che disorganizza la loro intelligenza. In tal modo il pilota, che ha perduto la sua via e la sua bussola, manovra ancora le sue vele ed il suo timone su quel mare, ove è come abbandonato. Così ancora l'orologio, che non è d'accordo con la meridiana, ingrana nondimeno ancora le sue ruote.e si sostiene per un certo giuoco delle sue molle. Nonpertanto il Pilota non è meno il tristo trastullo dell'azzardo e la macchina guasta non è meno incapace di segnare il vero punto dell'ora. Tale è pure l'uomo colpito da demenza, dapoichè può egli avere delle idee saggie, che no'l trattengono dall'essere gettato fuori del vero da una essenziale abberrazione. D'Aguessenu ha benissimo detto: « un matto può fare degli atti di « saggezza; un uomo ragionevole non può faro « degli atti di follia. »

451. Vi è ancora un altro fenomeno nella demenza, ed è di trovare un uomo del tutto insensato su di un sol punto, e che sembra savio su gli altri. Questa specie di follia ha preso in quest'ultimi tempi il nome di monomania. Ma se la parola è nuova, non l'è la cosa. Orazio racconta, che vi era in Argo un uomo d'una assai buona nascita, che credendo di ascoltare degli eccellenti commedianti, andava a sedersi con vero piacere nel teatro vuoto e silenzioso, e vi applaudiva i suoi immaginari attori. Quest'uomo era del resto un eccellente cittadino, che adempiva a meraviglia i doveri della vita, buon cittadino, buono sposo. ospite amabile, padrone indulgente pei suoi schiavi, e che non dava in furore per una bottiglia sturata, passeggiere prudente, che sapeva evitare un precipizio o una pietra d'inciampo (13). Che cosa era quest'uomo, se non un monomaniaco, o, co-

(1) Giustiniano, l. 25, C., *De nuptiis*.
(2) V Festo su questa parola, e Paolo, l. 17, D., *Qui test. facere possunt*.
(3) L. 25, C., *De nuptiis*, e Instit. *De curat.*, § 4.
(4) Gordiano, l. 3, C. *De curat. furiosi*, e Ulpiano, l. 20, § 4, D., *Qui t st. facere possunt*.
(5) V. il tit. del D., e del C, *De curat. furios*.
(6) L. 25, C, *De nuptiis*.
(7) Pinel, *Trattato dell'alienazione mentale*. V. *Rivista di legisl*, 1830, t. II, p. 214, ed ancora il t. XII, della *Collezione gen.* della detta Rivista, p. 289.
(8) *Tuscul.*, 3, 5.
(9) *Cum continua mentis alienatione*, Macer., l. 15, D., *De off. praesid*.
(10) Oresto, nell'antichità, Orazio, 2, 3.
(11) V. Su ciò d' Aguesseau, aringa id. nella causa dell'Abbote d'Orléans, e Merlin, Repert, v° *Demenza*. Le loro definizioni offrono qualche leggiera differenza.
(12) Ciò mi ricorda l' Ariosto.

Varii gli effetti son, ma la pazzia
È tutt' una però, che li fa uscire;
Gli è como una gran selva, ove la via
Conviene a forza a chi vi va, fallire.
Chi sù, chi giù, chi quà, chi là, travia.
(*Orl. furioso*, cant. 24).

Ed anche Orazio (*Satira*, 2, 3), cha Ariosto ha imitato:

Velut silvis, ubi passim
Palantes error certo de tramite pellit;
Ille sinistrosum, hic dextrosum abit: *unus utique*
Error: sed variis illudit partibus.

(13) Fuit haud ignobilis Argis,
Qui se credebat miros audire tragoedos,
In vacuo laetus sessor, plausorque theatro;
Caetera qui vitae servaret munia recto
More, bonus sane vicinus, amabilis hospes,
Comis in uxorem; posset qui ignoscere servis,
Et signo laeso non insanire lagenae;
Posset qui rupem et puteum vitare patentem.
Epist., 2, 2.

me altrimenti si sarebbe detto, un pazzo? Così appunto Orazio lo rappresenta, e non è altra cosa, che un povero insensato degno d'interdizione, malgrado la giustezza del suo sguardo per iscorgere un cattivo passo, e malgrado la regolarità della sua vita da per tutto, menochè nel teatro (1). Colui pure un onesto Atroiese, che si immaginava di appartenergli tutte le navi, che entravano nel Pireo (2), ma che tranne tale illusione, non era più sragionevole di un altro nelle cose ordinarie della vita. Sono queste delle follie, che sebbene parziali e circoscritte in apparenza, sono nondimeno l'indizio certo ed evidente di una perturbazione radicale nelle fondamenta stesse della ragione. Niuno oserebbe con certezza di contrattare con questo uomo, niun oserebbe di confidargli in isposa sua figlia, nè prestarg'i una somma di denaro; niuno vorrebbe farne il suo mandatario o il suo depositario. Chi potrebbe aver fede in quella parola, accanto della quale si trova lo scuro abisso della demenza? La ragione dell'uomo è una, nè è capace di divisione.

Il perchè quando la follia se ne rende padrona, comunque di una parte isolata, la vizia nel suo intiero, simile a quei cancri, che rodono una sola parte del corpo, ma sono una corruzione di tutta la massa del sangue (a).

452. Nondimeno vi sono de' medici, che hanno sostenuto, che la monomania rende l'uomo incapace unicamente in ciò che ha rapporto alla parte invasa della sua intelligenza, ma che, tranne questa, i suoi atti, essendo ragionevoli, debbono essere giudicati come quelli di un uomo sano di mente (3). Non parlerei più di questo falso e pericoloso sistema, se la medicina, chiomata legale, non avesse da qualche tempo manifestata la pretensione d'imporre i suoi oracoli alla giurisprudenza. So, che tutt' i medici degli alienati non dividono quest' errore cardinale della divisibilità della ragione dell'uomo. I più sensati ed i più sperimentati hanno addottata l'opinione giuridica, in ogni tempo professata da' Tribunali, cioè che il matto, la cui demenza ha delle apparenze parziali, è così pazzo come colui, la cui demenza è assoluta; però si deve pur dirlo, la maggior parte de' medici sono inclinati a darsi su queste materie una competenza esclusiva, considerandosi come più particolari possessori della soluzione de' problemi dell' umano intendimento (4). Non intendo di ricusare l'attestato de' medici; lo considero anche come molto degno di attenzione, perciocchè è quello di uomini esercitati e di dotti osservatori. Ma il loro giudizio non potrebbe sempre essere il giudizio del magistrato, dapoichè i nostri punti di veduta sono troppo differenti per condurre ad

(1) Toullier, t. II, n. 1312, mi stordisco quando dice, che quest' uomo non dev' essere interdetto.

(2) Le Rochefoucault ne parla, *Massima*, 92.

(a) È indubitato, che fuori l' objetto, su cui si è fissato, un monomaniaco è pel rimanente così buon ragionatore come ogni altro. Egli adempie i doveri della famiglia e della città esattamente; è capace di ogni retto giudizio, discerne il bene dal male morale, ed ha la responsabilità delle proprie azioni, di tal che se commette un reato, che non abbia relazione con l' objetto della sua mania, ne subisce la pena, appunto perchè ha agito con discernimento in questa come in tutte le altre azioni della sua vita pubblica e privata.

Ebbene quest' uomo, che ha potuto benissimo amministrare gli affari della propria famiglia, acquistare delle proprietà, rivendicare de' dritti e difendersi contro delle ingiuste azioni, promosse contro di lui, è impossibile, che possa essere interdetto, ed ha ben potuto disporre delle sua proprietà così saviamente come ogni altro buon padre di famiglia. È difficile di concepire, perchè questo solo ultimo atto debba rimanere annullato, mentre tutti gli altri hanno prodotto i loro effetti giuridici, e perchè quest' uomo, che soggiace a tutt' i doveri della vita sociale, che porta al cospetto della legge la responsabilità delle proprie azioni, ch' è nel pieno esercizio di tutt'i dritti civili, e che ha la facoltà naturale di fare un buon testamento, debba essere privato della capacità civile di realizzarlo. Ci sembra, che in questo caso la legge non sarebbe provvida, ma tiranna.

Un monomaniaco non è propriamente nè un furioso, nè un mentecatto; è un uomo, che ha in un grado più elevato e più costante una delle tante abberrazioni dello spirito umano, la gradazione delle quali non è forse di gran lunga inferiore al numero degl' individui, ove si tenga conto delle più piccole per risalire alle maggiori. Per lo che non prestiam fede a quella indivisibilità della ragione, di cui parla il nostro dotto autore, e pensiamo invece, che lo stato normale ed abituale dell'uomo si è di essere ragionevole in taluni punti, irragionevole in taluni altri, e ciò non solo per le passioni che sono una malattia del cuore, ma anche per gli errori, che sono un' infermità della mente.

Sovente avviene, che la nostra immaginazione crea non solo delle sensazioni, ma anche delle percezioni, e sentiamo e vediamo quel che non esiste realmente. Che fa allora la nostra ragione? Dal mondo reale si trasporta nell'immaginario, ed in questo esercita le sue facoltà. In que' momenti viviamo in un circolo fantastico, ma però vi viviamo da esseri ragionevoli. Ebbene riguardiamo il monomaniaco per l'oggetto della sua abberrazione come un uomo, che vive in uno di que' momenti, ne' quali l' immaginazione crea un mondo ideale. Allora egli vede quello, che non esiste ed agisce in conformità delle proprie illusioni. Quando queste sono cessate, e che gli oggetti reali occupano il suo animo, la sua volontà è come quella di ogni altro uomo perfettamente sano.

Il demente ne' momenti di lucidi intervalli può testare, perchè allora egli vede e vuole come il rimanente degli uomini. Il monomaniaco vede e sente come questi sempre, tranne per l'obietto della sua fissazione. I lucidi intervalli sono uno stato di eccezione pel demente, il cui stato abituale è la follia; lo stato abituale del monomaniaco è la regolarità delle proprie azioni, lo stato di eccezione è la follia. Se il testamento del primo deve valere come l'espressione di una volontà sana, manifestata in un momento di tregua della sua infermità, il testamento del secondo deve pure valere com' espressione di una volontà, parimenti sana, manifestata quando il parosismo della malattia non si era riprodotto.

Tale a noi sembra, che debba essere la regola generale, la quale non però va naturalmente soggetta alle restrizioni ed eccezioni, che le circostanze possono suggerire alla prudenza ed alla perspicacia del Magistrato.

Il traduttore.

(3) Hoffbauer, *Medicina legale relativa agli alienati*, trad. del Sig. Chambeyron, p. 104. Aggiungi Toullier, t. II, n. 312.

(4) Hoffbauer, *luog. cit.* p. 22.

no medesimo scopo. I medici sono preoccupati della cura di guarire: noi della cura della libertà degli uomini, e della sincerità degli atti della vita civile. Un uomo può avere una costituzione nervosa e melanconica, considerare con tristezza le scene del mondo, portare un umore fosco geloso e violento nelle sue relazioni. Forse vi è un materiale per una guarigione, ma non vi è un materiale per una interdizione. Reclamo allora l'ufficio del medico e respingo l'intervento del giudice, ma non voglio, che la medicina legale argomenti da taluni sintomi, che richieggono una cura, per trasformare una suscettibilità morbosa, una sopraeccitazione efimera, un turbamento superficiale in uno di quelle profonde alterazioni, che aboliscona la ragione. Bisogna confessarlo; quel che ho veduto e sentito da certi medici nella mia carriera giudiziaria, sorpassa ogni credenza; giacchè non v'è uomo, che, ascoltandoli, non potesse essere dichiarato monomaniaco. Se Pascal non fosse morto, dovrebbe badare a lui, perchè conosco molti dottori, che lo tengono per allucinato. Socrate è assai felice di esser venuto così presto, dapoichè è morto con la riputazione del più saggio uomo, mentre si potrebbe ben travare in più di un dotto scritto medicinale esser egli presso a poco monomaniaco col suo demonio familiare. Da ultimo, bisogna dirlo? Quante consultazioni non ho io vedute, che rammentano tratto per tratto le scene del nostro divino Moliere? Un movimento nervoso nel viso, un ticchio familiare, una maniera di parlare, un gesto, in una parola le cose più semplici erano volte in diagnostica e pronostica, come lo spunto frequente del signor de Brourceaugnac. E si vorrebbe che noi altri giudici, che abbiamo nelle nostre mani la libertà e la capacità civile delle persone, facessimo dipendere da così frivoli sintomi queste grandi quistioni, ne'le quali sono impegnati l'onore delle famiglie, la successione de' beni ed i più cari dritti dell'uomo?

453. Penso, che la medicina legale, malgrado le sue pretensioni, non ha aggiunta alcun serio progresso alle dottrine ricevute nella giurisprudenza, e che non deve in nulla modificarlo. D'Aguesseau ha riassunto con molta sagacità saviezza e misura le nozioni, che fanno la regola de' Tribunali. Il Codice Napoleone vi ha resi confermi i suoi precetti legali. Io non conosco nulla di meglio, e non dobbiamo avere altri oracoli.

454. Ma ritorno all'opinione de'medici, che veggono due nature distinte nella monomania, la natura sana e la natura ammalata, l'una vivente nella vita civile, l'altra separata dal suo seno, e dico, che questa dottrina non è sostenibile. È impossibile, che le idee non s'impregnino delle qualità buone o cattive del principio, che le produce; giuste quando emanano da una mente retta, sono false quando la mente suona falso. Non è già, che una mente falsa non sia mai nel vero, ma quando coglie nella idea giusta, è quasi sempre per delle cattive ragioni, per delle fortunosità singolari, per dei ravvicinamenti forzati; di sortechè non può giungere al vero, che per azzardo, e per così dire sviandosi; tanto la mente è costante a se stessa! Tal'è pure la singolarità, che si fà rimarcare in una ben più sensibile maniera nel monomaniaco, il quale non è, che uno spirito falso spinto alla più alta potenza dell'errore. Abbiamo veduto pocanzi l'insensata ragionare con aggiustatezza nella sua follia; qui per un fenomeno contrario il monomaniaco ha delle false ragioni per delle sagge azioni. Ed in effetti v'ha nelle idee dell'uomo una catena, una tale associazione, che ringiscono le une sulle altre, e che s'inspirano reciprocamente. Come le passioni generano le passioni (1), così le idee generano le idee; e quando l'errore si è impadronito di un cantone dell'intelligenza, lungi dal rimanersi stazionaria, si mischia nel suo vicinato; projetta la sua ombra su'piani non ancora invasi, e ne rende dubbia la luce. Se si penetrasse nell'interno lavorio della mente, si vedrebbe un movimento d'insieme nelle sue facoltà, una cooperazione di tutte le parti sane ed ammalate, una unità di azione sotto un motore dirigente. Or poichè il falso esiste in questo lavoro, è pur d'uopo, che vi rappresenti la sua parte, e riveli la sua quota d'influenza. Ma siccome la mente è un istromento meraviglioasamente organizzato, le accade di ragionare rettamente anche quando è mal diretta. Un sogno pieno di delirio e d'illusione è sovente traversato da idee sagge. Un uomo agonizzante (2) lascia sfuggire tra mezzo le tenebre, che lo circondano, de' lampi di buon senso, come ne' giorni della sua più ferma intelligenza. Ma questi bagliori non impediscono alla mente di essere turbata e vinta; è uno schiavo, che non appartiene a sè stesso.

455. Epperò il dritto civile usa la sua ordinaria rettitudine, quando esige, che l'uomo, che viene a dimandargli di erigere la sua ultima volontà in legge domestica, abbia una volontà emanata da una mente sana senza entrare nella distinzione della demenza parziale e della demenza assoluta. Questa distinzione, certamente utile nell'arte di guarire, non vale nulla nella scienza del dritto, e noi rigettiamo la validità espressa da un monomaniaco del pari, che quella di un furioso, d'un imbecille, e di un uomo costantemente in demenza, perciocchè

(1) La Rochefoucault, *Massima* II.

(2) *Balbutiens et seminecis lingua*, come dicono le leggi romane, l. 15, C, *De testamentis*.

chè non è egli più sano di mente di questi esseri sventurati, de'quali divide la miseria, ed è come loro privato della luce superiore. Anche quando questa volontà contenesse i caratteri esteriori della saggezza, la legge ne diffida, perchè niente assicura, che i motivi, che l' han mosse non siano uno di quegli errori segreti, che molestano sordamente la mente degli insensati, e l'assediano con le loro importune invasioni. Ad un mentitore non si preste fede neanche quando dice la verità; con maggiore ragione non si ha fede in un matto, anche quando è savio. Imperciocchè è una saviezza senza radici nella ragione ! ! !

456. Gli annali del Parlamento di Tolosa raccontano, che un arresto di questo Parlamento dichiarò nullo il testamento di un uomo, che, savio in tutto il resto, s'immaginava di essere donzella (1). Quest'arresto è eccellente, comechè una follia così strana, per quanto possa inquadrarsi in numerosi ed abituali atti di saviezza, non si ecclisse per nulla in questi contorni; invece essa gli adombre e li rende sospetti.

457. Queste verità sono generalmente ammesse de' metafisici e da' psicologici (2), e di accordo con essi la giurisprudenza ha fondate le sue dottrine, e stabiliti i suoi principî. Altre volte la teologia stessa è stata consultata su queste materie da'legisti(3) e non è stata loro inutile. Nondimeno non la seguiremo nelle sue distinzioni di volontaria pura, di volontaria mista, d'involontaria (4), perocchè potrebbe ben avvenire che queste gradazioni con le spiegazioni, di cui ebbisogneno, fossero molto più oscure della quistione, che col loro soccorso si vorrebbe risolvere. Pascal ci fa conoscere gli abusi, che i casuisti hanno fatto della definizione delle volontà data da Aristotile (5). Guardiamoci d'imitarli in queste bizzarrie, e fermiamoci come alla migliore di tutte le bussole a questa regola del nostro articolo, riassunto di tanti studi, di tante ricerche ed osservazioni, cioè che il testatore dev' essere sano di mente. In queste poche parole vi sono molte cose. Nè la medicina nè la filosofia, nè la teologia sanno nulla di meglio di questa semplice verità (6).

458 Qui si presenta la quistione de' lucidi intervalli, che consiste nel sapere, se in questi momenti la mente è sufficientemente padrone di se medesima, in una parole sufficientemente sana, per esprimere une volontà, di cui le legge tenga conto.

Diversi testi del dritto romano parlano dei lucidi intervalli (7). Un passo di Celso (8) ci avverte, che non bisogna confonderli con l'ombra del riposo *(inumbrata quies)* (9), che talvolta prova il furioso. Non è già una tranquillità superficiale, una prostrazione del male, o una rimessione accidentale ciocchè costituisce il lucido intervallo (10), ma fa d'uopo di una vera guarigione, vale a dire di un ritorno della ragione, che sia la stessa sanità della mente, e dissipi le illusioni e gli errori, de cui era invasa. Il che l'Avvocato generale d'Agnesseau ha molto eloquentemente e molto giudiziosamente sviluppato nella causa del testamento dell' Abbate d' Orleans. Non si può dire nulla di meglio. Prendiamo uno di questi folli, che si chiamano monomaniaci, e che colpiti su di un punto si conducono sugli altri come il comune degli uomini; gli atti di saggezza di quest'insensati non sono de'lucidi intervelli, comechè se si tocca la parte debole della loro intelligenza, la si vedrà all' istante perdersi nella sua aberrazione; egli è in uno stato abituale di demenza.

Ma se la sua mente ritorna alla luce nella parte inferma della sua ragione, allora soltanto comincerà un intervallo di lucidezza, il quale sarà una perfetta guarigione, se il turbamento non ritorna (11), sarà una guarigione passeggiera, una tregua (12), in una parola un lucido intervallo, se vi è une nuova invasione della monomania.

Da che si vede, che il lucido intervallo non esiste, che e condizione d'una riconciliazione generale e completa della mente dell'emmalato col buon senso. Bisogna, che non vi sia luogo ed invasione su qualsisia subietto, ed è d'uopo, che l'assediante si sia ritirato da tutt' i punti (13).

In cosiffatto stato di cose chiamato da Giustiniano *perfectissima intervalla* (14), le leggi romane hanno ricercato il valore degli atti fatti dagl'insensati in quest'intervalli conceduti alla ragione, ed hanno deciso, che questi atti debbono essere presi in considerazione, che impegnano la responsabilità morale, e ch' emanano da una volontà capace del bene e del

(1) Serres, 2, 12.
(2) Damiron, *Corso di Filos*.
(3) Mantica cita S. Tommaso *Conject.*, 1, 3 Furgole si poggia sopra Molina, *De justit. trat.* 2, *disp.* 135, V, 8, 9, 10.
(4) Furgole, *luog. cit.*
(5) *Lettere provinciali*, p. 154.
(6) Si può leggere con molto frutto una dissertazione del Sig. Sacaze. Consigliere della Corte imperiale di Tolosa, su queste materie (*Rivista di leg.*, 1850, t. II, p. 212 e seguenti). Comunque io non divido tutte lo opinioni dell'autore, comunque sopratutto non ho la sua stessa religione pel progresso della medicina legale, debbo dire, essere il suo lavoro uno studio rimarchevolissimo, e che fa riflettere.
(7) L. 14, D., *De officio praesid.*, l. 6. C., *De curat furios.* L. 9, C., *Qui test facere possunt.*
(8) L. 18, § 1, D., *De acquir. possess.*
(9) Vale a dire *quietis umbra*. Gotofredo su questa legge.
(10) D'Aguesseau, *luog cit*
(11) Cassaz., 26 luglio 1842 (*Dev. ill.*, 42, 1, 937).
(12 *In suis induciis*, l. 9, C., *Qui test. facere possunt*. V. pure l. 6, C., *De curat furiosi*.
(13) Sacaze, *Rivista di legisl.*, 1851, p 242.
(14) L. 6, C., *De curat. furiosi vel prodigi.*

male (1). Epperò vogliono, che l'uomo in demenza possa in queste tregue reali della malattia fare il suo testamento. Il che Giustiniano nettamente decide nel l. 9, C., *qui testam facere poss.* « *Furiosum, in suis induciis, ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen ut retro Principibus et nobis placuit* (2) ».

Riflettete qui di passaggio, che Giustiniano parla di una controversia di dritto antico, che la legislazione imperiale ha fatto cessare.

Ed io effetti altre volte si disputava molto sullo quistione, se il testamento fatto da un folle in que' momenti d'intermittenza, che fanno credere il ritorno della ragione, fosse valido, e Valerio Massimo racconta pure, che il testamento dell'insensato Tudiziano fu dichiarato valido dal Tribunale de' centumviri, perchè le sue disposizioni aveano il conio della saggezza (3). « *Magis enim centumviri, quid scriptum est in tabulis, quam quis ea scripsisset, considerandum existimarunt.* » Scorgiamo inoltre da un altro testo di Giustiniano, che gli antichi non erano di accordo sulla quistione, se ne' momenti di lucido intervallo il Curatore dato ad un furioso, non dovesse por termine alle sue funzioni (4). Si sa, che in Roma gli alienati non erano soggetti ad interdizione; la curatela non importava cambiamento di stato, e prima di Giustiniano non era certo, che le funzioni di Curatore fossero perpetue. Egli le rese tali, salvo al Curatore di astenersi, quando il folle ritornasse momentaneamente alla ragione (5), ed a riprendere la sua amministrazione, quando ritornasse la follia.

Il nostro sistema è più completo e più netto, ed è più favorevole al credito ed alla stabilità degli atti della vita civile, ma non ne siegue, che sconosca i lucidi intervalli nell'uomo, di cui si è pronunziata l'interdizione. Colui, ch'è guarito dalla follia anche per un certo tempo, è capace di fare tutto quello, che validamente fanno gli uomini sani di mente (6).

459. Codesta opinione è stata professata dagli antichi autori (7). I canonisti citano a tal subietto questo tratto di un Parigino colpito da follia, che si mostrò così savio, come i più savi nella circostanza, che segue; un meodicante passava dinanzi una taverna; un grato odore de' cibi, che vi si preparavano, muove piacevolmente i suoi sensi; si ferma, e si pone a mangiare con delizia il suo pane condito di questo semplice fumo. Quando ebbe finito, il padrone della taverna dimandò di essere pagato. Gran contestazione. Per risolverla si chiama il Parigino in discorso, e gli si propone la quistione. Dopo di aver egli bene inteso, fece portare un bacile, ed ordinò al famelico di gittarvi qualche soldo. Poi volto all'oste, gli disse: « Egli si è contentato dell'odore; « contentatevi voi del suono » Intorno a che i canonisti si dimandano, se Graziano stesso, Graziano, il compilatore del decreto, avrebbe potuto giudicar meglio. E come si potrebbe ricusare la facoltà di testare ad un uomo capace di tanto buon senso? (8) Non è questo uno di quegl'intervalli di perfetta guarigione, di cui parla Giustiniano? Inoltre sembra, che la giurisprudenza della Rota romana ammettesse i lucidi intervalli. Mantica cita una decisione de' 9 di maggio 1590 (9).

460. Secondo Mornac in Francia sarebbe diversamente. « *Servamus, ex decretis Curiae, irritum esse testamentum, quod a testatore, habento lucida intervalla, scriptum est.* » Ma non è prudenza di riportarsi a Mornac. D'Aguesseau, che lo cita, è ben lontano dall'essere così assoluto come lui; e si contenta di dire, che la pruova de' lucidi intervalli è molto difficile ad ammettersi, ma si guarda bene da l'affermare, essere impossibile, che se ne tenga conto (10). Ed in effetti è evidente, che quando la ragione è ritornata interamente, sarebbe troppo rigoroso e troppo poco giusto di togliere ad un uomo la consolazione di mettere ordine a' suoi affari in quel momento d'intermissione del male, nel quale giudica le cose con tranquillità e discernimento.

461. Ma osserviamo immediatamente, che se l'insensato fosse stato colpito da una sentenza d'interdizione, non annullata, la pruova sarebbe rifiutata *ipso jure* pel potere, che si lega alla cosa giudicata, ed allo stato d'incapacità, che necessariamente imprime alla persona interdetta. L'interdizione è uno stato, e lo stato degli uomini è una cosa semplice ed unica. La stessa persona non può presentare questo spettacolo contraddittorio e questo dualismo anfibio della capacità e dell'interdizione.

462 Nondimeno il sig. Merlin insegna(11), che anche quando una sentenza avesse pronunziato l'interdizione della persona, la pruova di lucidi intervalli non dovrebb' essere ricusata, e si fonda su che l'art. 504 non essendo applicabile a' testamenti, non si deve loro ap-

(1) V. pure la legge 14, D., *De officio praesid.*, e Paolo, l. 12, § 2, D., *De judiciis*, e Ulp., l. 20, § 4, D., *Qui test. facere possunt.*

(2) V. arg. della l. 17, D., *Qui test. facere possunt*, ove Paolo parla del *mentecatto.*

(3) VII, 8, 1.

(4) L. 6, C., *De curat. furiosi vel prodigi.*

(5) L. 6 preci.

(6) *Et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt* Giustin., l. 6, C., precit.

(7) Hilliger *su Doneau*, VI, 5, 13 Mantica, 2, 5, 7.

(8) Mantica, 2, 5, 8.

(9) *Luog. cit. in fine.*

(10) Merlin, Repert., t. XVII, v° *Testamento*, p. 636, col. 2.

(11) Repertorio, t. XVII, *luog. cit.*

Digitized by Google

plicare l'ort. 502. (a) Argnmenta dallo legge 6 nel C., *De Curatore furios.*

Siffatta opioione non è sostenibile, percioechè l'interdizione non ha solamente per effetto di elevare una presunzione di demenza *juris et de jure*, ma pone pure la persona in interdetta, e la rende incapace, togliendole ogni partecipazione alle funzioni civili, pendente la durata dell' interdizione, lo quale è uno stato indivisibile. Nè la legge romana potrebbe avere qui veruna autorità, perocchè l'interdizione propriamente detta non aveva luogo presso dei Romani (1), e la curatela non potrebb'esserle ossimilata.

L'argomento *a pari*, che il signor Merlin cava doll'art. 504 manca di solidità.

Di che si tratta nel caso dell' art. 504? Di un individuo morto in possesso del suo stato. Coloro, che hanno contrattato con lui, hanno potuto ignorare, che la sua intelligenza era alterata. La buona fede, la necessità del credito, la stabilità degli atti di commercio, tutto concorda per fare serbore delle obbligazioni, che non portano in loro vernoa traccia di demenza. Si sa, che in dritto de'grandi privilegi sono e debbono essere conceduti alla buona fede de'terzi. Or tale considerazione non si può invocare in favore dei testamenti, che sono l' opera di un solo. Per lo che l' art. 504 è inapplicabile a'testamenti, ed il nostro articolo 901 è la loro unica regola.

Ma quale differenza di situazione, se ci riferiamo all' ort. 502! Qui la persona è stato colpita d' interdizione, e la società ha preso, sia contro gli atti di commercio, sia contro gli atti di liberalità, sia contro i contratti, sia contro i testamenti, una di quelle misure, che non adopra relativamente ad uno de' suoi membri, che in un caso di assoluta necessità. Una Senteoza è stata resa, e questa Senteoza, che il Signor Merlin chiama io qualche parte *costitutiva dello stato della persona* (2), ha cambiato la posizione sociale dell'uomo, e regola il suo stato per l'avvenire. Spoglinto della capacità civile l'interdetto non può nulla, neanche amministrare i suoi beni! ed il Signor Merlin vorrebbe, che avesse la capacità di fare un testamento, vale a dire uno degli atti più gravi, e più meditati, e ne'quali vuole la giustizia maggiore maturità!

Diciamo dunque, che la quistione de'lucidi intervalli è radicalmente esclusa dalla Sentenza d'interdizione (3).

463. Ma nel caso, in cui si potrà presentare, vi è qualche presunzione raccolta dalla giurisprudenza, e del'aquale è buono di dire qualche cosa.

Molti dottori hanno insegnato, che un uomo caduto in demenza dev' essere presunto folle per tutta la sua vita: *Semel furiosus, semper praesumitur furiosus.* Ma abbiamo veduto qui sopra, che la loro opinione è troppo assoluta (4). Altri vogliono, che anche quando non vi fosse pruova di lucidi intervalli, se nondimeno il testamento è ragionevole, si suppone necessariamente e di dritto l'esistenza di un ritorno alla sanità, perchè una disposizione saggia fa supporre una mente sana (5). Ma quest' opiuione non è migliore dell'altra.

Ecco qual'è la vera: se l'ammalato ha avuto de'lucidi intervalli, e che il testamento porta il carattere della saggezza, si può presumere lo fatto nel tempo della rimessione del male (6). Vi sono qui due elementi essenziali, il cui concorso ha una grande gravità; l'esistenza provata di un ritorno della lucidità di mente, e la saggezza dell'atto. D'Aguesseau ha dato il suo assentimento a questa presunzione, ed in effetti è conforme alla ragione.

464. Arriviamo adesso alle pruove dell' imbecillità, della demenza, e del furore.

E dapprimo, come l'abbiamo veduto nel n.° 462, ve n'è una, che dispenso dalle altre, ed è una sentenza d' interdizione anteriore al testamento. Non ritorneremo su quello, che abbiamo detto di una falsa opinione del signor Merlin a tal riguardo.

465. Che diremo d' una sentenza, che senza pronunziare l' interdizione, avesse usato della facoltà dell' articolo 499 del Codice Napoleone, (b) e si fosse limitata a vietare alle persone di stare in giudizio, di transigere, prendere a mutuo, ricevere un capitale mobiliare e farne quietanza, alienare od ipotecare senza l' assistenza di un consulente? L'individuo sottoposto a questo consulente giudiziario, avrà l'integrità della mente, che permette di testare? Sì senza dubbio, perchè la sentenza, che pronunzia sul suo stato, non gl' interdice il dritto di testare. Vi è una gradazione nell' alterazione delle facoltà intellettuali. Un uomo può avere una certa incertezza nella mente, senzachè la fiaccola della ragione sia estinta. Or qui il Giudice ha riconosciuto, che restava alla persona un grado sufficiente di lume e di discernimento, poichè non l' ha interdetto. Per verità ha voluto venire in soccorso dello sua debolezza col dargli un consulente, ma non ha voluto

(a) Gli articoli 504 e 502 del Codice Napoleone corrispondono agli articoli 427 e 425 dello Leggi civili, cui sono uniformi. — *Il traduttore.*

(1) Sopra n. 458.

(2) Repert., t. XVII, v° *Quest. di Stato.*

(3) Il Sig. Sacaze, *luog. cit.* p. 426.

(4) N. 460.

(5) V. gli autori citati da Mantica, 2, 5, 7, ed 8. Il Sig. Merlin a torto attribuisce questa opinione a Voet. Repert., t. XVII, v° *Testamento*, p. 632. col. 2, in fin.

(6) Mantica esamina questo punto, 2, 5, 1. Mascardo *De prob. concl.*, 826, Voet, *De curat. furios. dand.* o. 4. Il Sig. Merlin, non l' ha ben compreso. Repert., t. XVII, v° *Testamento*, p. 632. Valerio Massimo 7, 8, 1.

(b) A quest' art. corrisponde l' art. 422 delle Leggi civili. — *Il traduttore.*

Digitized by Google

escluderlo dalla partecipazione dei dritti civili. « Colui, cui si dà un consulente, diceva l' oratore del governo, può maritarsi; può fare un testamento (1). »

466. Ma non potrebbe donare tra vivi, perchè la donazione tra vivi è un atto di alienazione, vietato dall' articolo 499. Onde vi è una gran differenza tra il testamento e l' alienazione. Il testamento non è messo dall' articolo 499 nel numero delle alienazioni. Ed in effetti non spoglia, è rivocabile, sì che la riflessione può venire in ajuto di colui, che non si è diffinitivamente spogliato.

467. Veniamo al caso, in cui il donante ed il testatore non sono stati interdetti in vita. Si potrà dopo la loro morte articolare la demenza?

La negativa insegnata dal signor Malleville (2) ha avuto un momento di favore (3), ma è oggi abbandonata, e non ha più alcun credito. L' articolo 504 è relativo soltanto agli atti ordinari del commercio della vita civile. La donazione ed il testamento hanno la loro regola nell' articolo 901 del Codice Napoleone; quest' articolo sarebbe stato inutile, se l' articolo 504 avesse abbracciato gli atti a titolo gratuito.

D' altronde tutti i dubbi sono tolti dalle trasformazioni dell' articolo 901, primachè non pervenisse al punto di redazione, che ha nel Codice. Il progetto primitivo conteneva in un secondo paragrafo quello, che segue:

« Questi atti (cioè le donazioni ed i testamenti) non potranno essere attaccati per causa di demenza, che nei casi e nei modi prescritti dall' articolo 17 (504) del titolo della maggioretà e dell' interdizione » (4).

Il Console Cambacerès insorse contro di quest' ultima parte dell' articolo, che presentò come troppo assoluta (5). La demenza è un fatto, diceva egli. Sovente la famiglia retrocede innanzi la misura dell' interdizione, ed essa non dev' esser vittima delle sue circospezioni. Il paragrafo finale essendo sfavorevole agli eredi, contrarierebbe lo spirito generale della legislazione, che tende a favorirli. Indi il signor Emmery fece rimarcare « che l' articolo 504 non concerne nè le donazioni nè i testamenti (6) ». Queste osservazioni determinarono la soppressione dell' ultima parte dell' articolo 901.

Ciò importava, conformarsi alle più solide dottrine dell' antica giurisprudenza. Si può consultare gli arresti di Lamoignon. « Le donazioni fatte dai furiosi ed imbecilli di mente dal giorno, nel quale la loro malattia è cominciata, sono nulle, ancorchè non siano stati messi in curatela (7). » Del resto, lo ripeto, non si discute più questione, dapoichè la giurisprudenza e gli autori sono ormai di accordo (8).

468. Si può dare la ragione di questo differenza tra i contratti commutativi e le liberalità. In quelli la buona fede è di un grandissimo peso, e fa spesso ammettere per equità ciò, che sarebbe contro lo stretto rigore del dritto. Colui, che contratta *bona fide* con un individuo in demenza, ma la cui infermità di mente, non essendo contestata da una sentenza d' interdizione, ha potuto essergli ignota, soprattutto se la demenza era intermittente o parziale, non può senza ingiustizia veder rescindere le obbligazioni utili, alle quali questo insensato si era sottoposto a di lui favore. Egli ha seguito la sua fede (9), si è abbandonato a lui con franchezza, sicchè è degno di tutto il favore; ed è tanto peggio per l' alienato e la sua famiglia, se quest' ultimo è stata assai poco diligente per non badare alla sua interdizione. Il sistema contrario sarebbe un subietto di turbamento e di diffidenza; le alienazioni più lealmente fatte, le più sicure transazioni sarebbero annullate sotto il pretesto d' una demenza, spessissimo invisibile, e quasi non si oserebbe più di contrarre senza timore, se la saviezza della legge non avesse dato una salvaguardia tutelare, che concilia tutti gl' interessi.

Ma nei testamenti e nelle donazioni non è lo stesso, dapoichè la buona fede del gratificato vi è poco o nulla meritevole di considerazione; *certat non de damno vitando*, come il contraente, *sed de lucro captando*. Epperò bisogna rivenire a questo gran principio « che uno legge puramente naturale privo gl' insensati della facoltà di testare; che per conseguenza non è l' autorità del magistrato, ma quella della stessa natura, che pronunzia la loro interdizione; che il giudice non fa, che dichiarare questa interdizione, ma che essa è stabilita, indipendentemente dal suo ministero, sin dal principio della demenza (10); » principio che tocca pure la materia dei contratti, ma che si è stato obbligato di mettere da canto a causa della buona fede dei contraenti, e perchè sopra tutto bisognano dei contratti nella società, mentre non è accessorio, che vi siano delle donazioni e dei testamenti.

469. La differenza, di cui parliamo, è anche più sensibile nei testamenti in particolare. Quasi sempre la legge è più minuta nella ricerca della volontà del testatore, che nella ricerca della volontà de' contraenti. Si può contratta-

(1) Fenet, t. X, p. 711. Merlin, Repert., v° *Testamento*, p. 551, e t. XVII, stessa parola, p. 618, col. 2, ove si trova citato un Arresto di Aix.
(2) Sull' art. 901, t. II, p. 357, 2ª edizione.
(3) Parigi 30 Messidoro an. XIII Deville, 2, 2, 75.
(4) Fenet, t. XII, p. 994.
(5) Id. p. 296.
(6) Id. p. 297.
(7) Tit. delle donazioni p. 198, delle edit. del 1702.
(8) Merlin, Repert., v° *Testamento*, p. 536-537. V. ancora t. 17° a questa parola. Grenier t. 1 pag. 490 e seg. Cassazione 22 novembre 1810. Devill. 1, 1, 262.
(9) L. 1. D, *De rebus cred.*
(10) D'Aguesseau, 7ª Aringa.

Digitized by Google

re per procura; non si può testare per mezzo di un procuratore. I contratti fatti da un minore sono nulli soltanto relativamente a lui, ed i terzi non possono opporre la nullità desunta dal suo difetto di capacità. Il testamento fatto da un minore fuori i limiti permessi è nullo d'una nullità radicale ed assoluta. È permesso di fare delle donazioni reciproche, ma è vietato di fare de' testamenti vicendevoli (1). Nè stupiamo che la certezza e la maturità della volontà siano così severamente richieste ne' testamenti; imperocchè il testatore è un legislatore domestico, ed è d'uopo, che offra l'assicurazione di una capacità proporzionata a questo augusto ministero. Ne' contratti ogni contraente è censore dell'altro, ma nel testamento il testatore è sol giudice della sua volontà. Nei contratti vi è in certi casi il rimedio della restituzione in intiero, mentre ne' testamenti la volontà del testatore è inviolabile. Infine il contratto è favorevole; il testamento è sovente odioso, ed ogni testatore, dice d'Aguesseau, comincia dal credersi più saggio della stessa legge.

È dunque naturale, che i contratti siano più facili de' testamenti, e che un contratto sia mantenuto in un caso, in cui il testamento soccumbe (2).

470. Aggiungiamo per terminare questa dimostrazione, che l'art. 504 ha avuto in mira uno stato abituale di privazione del buon senso, mentre che l'art. 901 ha uno scopo più esteso. Esso non annulla soltanto le liberalità fatte da un uomo, abitualmente fuori le vie della ragione, ma annulla ancora quelle, che possono essergli strappate in un solo istante di traviamento di mente. Il che vedremo or ora più ampiamente.

471. Onde la pruova della demenza, dell'imbecillità, della follia sia ammessa, non è necessario, che vi sia un principio di pruova per iscritto. Il sig. Tronchet avrebbe desiderato, che questa condizione fosse stata imposta (3). Ma questo voto non ebbe eco, perocchè sarebbe stato rendere impossibile, come diceva Cambacérès, la pruova della demenza. Un arresto della Corte di Parigi de' 30 germinale anno XI (4), conforme all'opinione del sig. Tronchet, non potrebbe formare giurisprudenza.

Del resto bisogna articolare i fatti succintamente e per iscritto in conformità degli art. 493 del Codice Napoleone, e 252 Codice di procedura civile (5)(a).

472. L'Allegazione del Notajo, che il donante o il testatore sono sani di mente non è un ostacolo alla pruova del contrario. Il Notajo non è giudice della capacità degl'individui, e sopratutto di una capacità morale ed interiore. Non dirò con Mantica, che per rogare un atto dippiù ha egli interesse di far credere all'integrità di mente del disponente (6). Ciò poteva esser vero de' Notaj del tempo di Mantica, ch' egli giudica con severità, giacchè sembra, che in quell' epoca il notariato fosse lungi dall'essere irreprovevole: ma è certo, che il Notajo si pronunzia soltanto su delle apparenze, ed in materia di demenza nulla è più incerto delle apparenze (7).

Del resto la presunzione è sempre a favore della saviezza del testatore (8). *Et certe quilibet praesumitur sanae mentis esse*, dice con ragione Mantica (9); tal'è pure la dottrina di d'Aguesseau. Anzi Mantica va sì lontano in questa via che secondo lui, due testimoni, che depongono della sanità di mente dell' ammalato riscuotono più fede di mille, che depongono della sua follia. Ma a tal modo vi sarebbero molti certificati e pareri di Medici, che sarebbero rigettati. Non è prudente di pesare e determinare anticipatamente il valore delle voci, nè queste quistioni si troncano *a priori* per mezzo di siffatti calcoli.

474. La presunzione di saggezza non cessa neppure, perchè il disponente avesse provato qualche sconcerto intellettuale passaggiero in un tempo anteriore al testamento o alla donazione. Una malattia efimera e breve, una febbre calda, i parosismi nervosi non sono di quegli accidenti, che menano a conseguenze, quando è seguita la guarigione (10).

475. Ma se il testamento o la donazione contiene delle clausole stravaganti, l'erede naturale, che attacca questi atti, avrà miglior gioco, e spetterà alla persona gratificata di purgare il disponente della taccia di demenza. La legge 27 D., *De cond. instit.* offre un esempio di questi casi. Il testatore aveva ordinato, che le sue ceneri sarebbero buttate nel mare, e Modestino fa positivamente sapere, che prima di tutto bisognava provare, essere egli sano di mente, *compos mentis esset* (11).

476. In quanto alle pruove ed agl'indizi della demenza non ne diremo nulla, giacchè vi sono assai specie di follia, perchè le possiamo passare in rassegna. Orazio si è divertito sulle divagazioni del povero spirito umano, e col quadro delle sue miserie ha mostrato quanto

(1) *Infra*, n. 2220.
(2) D' Aguesseau, *luog. cit.* Merlin ha criticato a torto questa dottrina, Repert., v° *Testamento*, p. 850.
(3) Fenet, t. XII, p. 297.
(4) Deville, 1, 2, 131.
(5) Merlin, Repert., v° *Testamento*, p. 547, col. 1, *in fine*, e t. XVII, v° *Testamento*, p. 629, n. 9. *Contra*, Furgole, IV, 2, 209.
(a) Questi due articoli corrispondono agli articoli 416 della Leggi civili, e 347 delle Leggi di Procedura civile. — *Il traduttore.*
(6) 2, 6, 17.
(7) D'Aguesseau, 3ª Aringa.
(8) L. 3, C., *De codicillis.*
(9) 2, 5, 1.
(10) Mantica, 2, 5, 7.
(11) Sopra n. 215, 218.

l'uomo sia poca cosa (1). Pure malgrado la varietà dei suoi dipinti, non ha esaurito questo subietto infinito. Mantica ha tentato qualche esempio, ma con qual utile? Parla di coloro, che co'loro discorsi ridicoli ed inetti, si fanno burlare nelle bettole (2): « *qui per vicos more insanorum deridenda loquuntur* (3), di coloro, che gittano con furore le pietre nelle vie (4), che sputano sul volto del Notajo, o bestemmiano nel dettare il testamento (5), che si mettono a fischiare, quando vengono interrogati(6) ecc. ecc. Amerei meglio di seguire l'Ariosto in quell'ammirabile canto, nel qual'Astolfo, va a cercare nella Luna l'ampolla, che contiene il buon senso di Orlando, e trova tante migliaja di bottiglie, ove la ragione degli uomini, perduta sulla terra, si era rifuggiata (7). Ma la giurisprudenza mi richiama, sulla severe vie; oltrechè i Medici direbbero, che non già nelle finzioni de la poesia, ma nei loro pareri, nelle loro consultazioni, e ne'loro libri si può sperare di trovare il filo condottore de'Magistrati. Nulla di meno credo, che i Magistrati debbono sopratutto lasciarsi coadurre da' loro proprî lumi. E siccome una parte della loro scienza è di conoscere gli uomini, così non confonderanno co' disordini della follia, le singolarità, le bizzarrie, i capricci di certi caratteri, che si dicono nel mondo originali, e che sono così chiamati, perchè, senz'essere insensati, si distinguono dalla comuna degli uomini nelle parti, nelle quali bisogna loro somigliare (8).

477. Dopo di avere parlato della demenza, del furore, e dell'imbecillità, occupiamoci di certe alterazioni della ragione, che comunque non abbiano il carattere dell'alienazione mentale, possono nonpertanto turbare la volontà del di ponente, ed alterare la lucidità delle sue ultime disposizioni quando dona o testa od o la loro influenza. Vogliamo parlare della collera, dell' ubbriachezza, della captazione ecc. ecc.

478. Parliamo dapprima della collera e dell'azione *ab irato*.

Orazio rappresenta la collera come una breve demenza.

Ira furor brevis est; animum rege, qui nisi paret,
Imperat: hunc frenis, hunc tu compesce catena (9).

Ora il testatore, ch'è un legislatore domestico, non deve far nulla, che non sia ragionevole, e la sua volontà dev'essere esente da quelle perturbazioni violenti, che offuscono la ragione. Non già che non possa amare ed odiare, ricompensare e punire; è uomo, ha delle passioni, e noi non apparteneghiamo alla scuola stoica, che vedeva la volontà solamente ove dominava la ragione del saggio (10). Quando questi sentimenti della passione sono meditati e riflettuti, comandano l'obbedienza, perchè sopratutto il testatore è padrone della cosa sua, che può disporne liberamente, e che dipende dalla sua conscienza di darla secondo le sue affezioni. Ma quando la collera accieca la sua mente, quando, rendendola sorda alle voci della natura, sembra di dargli come un accesso di demenza, bisogna giudicare l'atto della disposizione con maggiore severità, e mantenere l'autorità della legge contra l'abuso della volontà dell'uomo.

Il perchè nell'antico dritto si ammetteva l'azione *ab irato* (11), ch' era come un punto al di là della querela d'inofficiosità. Questa veniva in ajuto de'figli diredati da un padre troppo rigoroso; quella veniva in ajuto de' congiunti diredati da un testatore, ingiustamente e ciecamente corrucciato. Imperocchè il testamento dovendo essere *mentis nostrae justa sententia*. come dice Modestino, la logica guidava a decidere, non essere questa definizione concorde con un testamento dettato da uno di quegli accessi di collera, in cui l'uomo non è padrone di sè stesso.

Dumoulin ha preteso, che l'azione *ab irato* non apparteneva a'collaterali (12), ma è difficile di ammettere tale dottrina. Senza dubbio è più facile di supporre l' acciecamento in un padre, che lascia la sola riserva a suo figlio,

(1) Satire, 2, 3.
(2) 2, 6, 10 e seguenti.
(3) Ulp., l. 4, § 1, D., *De aedil edict.*
(4) L. 3, C., *De judic.*
(5) *Luog. cit.*
(6) *Ibid.*
(7) Canto XXXIV.
(8) La Corte di Renna con arresto del 12 di marzo 1845 ha validato un testamento non ostante che contenesse delle disposizioni *bizzarre e delle idee singolarmente eccentriche* (eccentrico non è di una lingua ben pura e giuridichissima). Per esempio il Marchese Dubon de Lamothe aveva legato alla sua cuciniera i diamanti di sua moglie, le porcellane, tra le quali si trovava un servizio figurato, che rappresentava un pranzo dato da uno de' suoi parenti ad una testa coronata, la sua biblioteca composta di libri di dritto, di filosofia, e di arte di fortificazione, il suo ritratto, ed aveva confidato a perpetuità la guardia del suo corpo a questa cuciniera ed a' di lei eredi, benchè avesse un figlio erede del suo nome!!! Aveva ordinato, che gli verrebbe elevata una tomba di marmo bianco a sei facce, una al di sopra, una al di sotto, ed una a ciascuna aria di vento(*), il tutto sormontato da un baldacchino in legno di acaju!!! Ma a malgrado di queste bizzarie non sembrava, che il Marchese fosse pazzo. Il ricorso venne rigettato nella sezione de' ricorsi il 21 di gennaio 1845. Devill., 46, 1, 171.
(9) *Epistola*, 1, 2, ad *Lollium*.
(10) Cicerone, *Tuscul.*, IV. Mantica, 1, 3, 5
(11) D'Aguesseau, Aringa del 25 marzo 1694. Serres, *Instit. del Dritto francese*, 2, 14, § 3. Heurys, lib. 6, q. 15. Merlin, Repert., v° *Ab irato*
(12) *Consiglio*, 45, n. 8.

(*) Il testo dice *air de vent*, e l' ho tradotto letteralmente, trattandosi di una disposizione testamentaria.
Il traduttore.

detestato senza ragione, e distribuisce a degli estranei il resto del suo patrimonio. Però non bisogna dire, che l'azione *ab irato*, non può giammai essere intentata da'collaterali, soprattutto se il testamento contiene la pruova dei motivi di odio, che hanno oscurata la ragione del testatore (1).

Quel che vi è di vero si è, che in generale non era facile di riuscire nell'azione *ab irato*.

Occorrevano delle pruove ben marcate di odio ingiusto; bisognava, che quest'odio fosse la causa finale della liberalità fatta ad altri, di maniera chè fosse chiaro, avere il disponente donato o testato meno per gratificare il donatario o l'istituito, che per esercitare un atto di vendetta contro i suoi eredi presuntivi (2).

Del resto i libri di giurisprudenza offrono degli esempi, che provano, che l'azione *ab irato* non era sempre inutile. Il testamento del Signor Lecamus, luogotenente civile, fu cassato dal Parlamento di Parigi a causa dell'odio del testatore pel signor Nicolai, primo Presidente della Camera de' Conti, suo genero (3). Nonpertanto il signor Lecamus era un Magistrato eminente ed integro, ma la purità de'suoi lumi era stat' alterata dagli odi di famiglia.

479. Il Codice Napoleone ha conservata l'azione *ab irato*? Non se ne potrebbe dubitare giusta il signor Bigot de Préameneu, oratore del governo (4), e questa è pure l'opinione di Merlin (5).

Nondimeno il sig. Toullier (6) ha insegnato che l'azione *ab irato* è stata abrogata dal Codice, e pretende, che sia un giuoco di parole il dire, che un uomo trasportato da una col'era cieca, non è sano di mente. Ma non è forse il signor Toullier, ch'eleva qui un vero giuoco di parole? Saremmo tentati di dirgli queste parole di Mantica: « *Verborum controversia* « *torquet homines contentionis cupidiores*, « *quam veritatis, et ideo pertinacibus est re* « *linquenda* (7). » Ed in effetti niuno pretende, che un uomo traviato della collera o dall'odio sia un vero pazzo, ma si può sostenere, non essere sano di mente, soprattutto quando si sa, che nel linguaggio della legge queste parole *sano di mente* rispondono all'*integritas mentis* delle leggi romane.

Del resto parecchi arresti di Corti sovrane hanno decisa la quistione nel senso, che noi adottiamo. Se non che sono state di accordo nel decidere, non bastare, che vi sia stato cattivo umore, avversione, odio, o anche collera, ma bisognare inoltre, che questi diversi sentimenti abbiano talmente agitato e messo sossopra il disponente, che la sua ragione ne ha provato una passaggiera alterazione, e che l'animo suo non ha conservato la propria libertà (8).

480. Vi è una causa di turbamento anche maggiore dell'odio, ed è la violenza esercitata sull'animo del testatore; la violenza è il più profondo vizio, che possa infettare una disposizione, perchè attenta a quella volontà libera, che dev'esserne la base. « *Nam voluntas est* « *animi motus, nullo cogente imperio*; *et si* « *cogitur, vim patitur, et in suo arbitrio non* « *est* » (9).

Ma per poter essere presa in considerazione la violenza dev'essere di quelle, che producono una impressione perturbatrice, e che sono la causa finale della disposizione. Ciò dipende, come si vede, da mille considerazioni di età, di sesso, di sanità, che sono abbandonate alla prudenza del giudice.

Secondo Furgole se per far annullare un contratto è d'uopo di una violenza o di un timore capace di scuotere un uomo forte e costante, non bisogna altrettanto per fare annullare un testamento; basta di provare una violenza, senza della quale il testatore non avrebbe disposto Furgole (10) si fonda sulla legge 1 del Codice, *Si quis aliq, test. proh.*, che in effetti fortifica questa opinione. Ed indarno si obbietterebbe, che secondo Celso è di regola, che *vani timoris justa excusatio non est* (11), e che non si potrebbe tener conto di un frivole timore.

Imperocchè rispondiamo non essere un frivole timore quello, che vieta al testatore di testare *sponte sua*, come dice la legge citata da Furgole. Tutto è qui relativo; tutto dipende dal carattere individuale della persona. Bisogna, che un animo debole abbia la sua libertà come un animo forte, ed è d'uopo, che non sia turbato da un potere straniero.

481. La violenza non si presume, ma si deve provare. *Sed hujusmodi praesumtioni debet apertissimas probationes violentiae opponere*, dice Ulpiano (12).

482. Il timore è forse purgato quando il testatore sopravvive, e non cambia di volontà.

Codesta quistione dipende molto dai fatti particolari della causa. Un arresto del Parlamento di Grenoble del 10 di febb aio 1663 (13), ha ricusato di ammettere alla pruova dei fatti di violenza gli eredi di una donna, che era vivuta con suo marito per dodici anni dopo del testamento, che si pretendeva averle quest'ul-

(1) Merlin, *luog. cit.*
(2) Ricard, 1, 3, 14, n. 628.
(3) Brillon, v° *Testamento*, n. 49.
(4) Fenet, t. XII, p. 521.
(5) Repert., v° *Ab irato*, sez. 7, p. 23 e seguenti.
(6) T. V, n. 717.
(7) 1, 1, 4.
(8) Aix, 18, gennaio 1808 (Devill. et Car., 2, 2, 392; Dalloz, 6, 12). Parigi 3, fior. an. XII. (Devill., e Car., 1, 2, 187). Limoges, 31 agosto 1810 (Dalloz, 5, 231). Lione, 23 giugno 1816 (Dalloz, 5, 231). Angers, 27 aprile 1824 (Dalloz, 5, 233).
(9) Mantica, 1, 3, 10.
(10) Cap. 5, sez. 1, n. 3.
(11) L. 184, D., *De reg. juris.*
(12) L. 23, D., *Quod metus causa gest.* Pothier, *Pand.* t. 1, p. 125, n. 10.
(13) Basset, t. II, l. 8, tit. 1, cap. 7.

Digitized by Google

timo strappato per violenza Sembrò alla Corte, che in tali circostanze la dimanda fosse vessatoria.

Nonpertanto si può dire, che per principio puro la violenza infetta il testamento nella sua essenza (1). Il testamento fatto da un furioso è nullo, anche quando acquista il suo buon senso dopo di averlo fatto (2) La nullità del testamento del furioso procede da difetto di volontà non più nè meno della nullità, che deriva da un violento terrore. Il perchè vi è parità, ed è il caso di applicare la famosa regola Catoniana, la cui autorità è d'altronde grandissima nei testamenti.

483. Non è lo stesso delle donazioni tra vivi, nelle quali il vizio ricavato da mancanza di libertà può essere coverto da atti confermativi (3). Quando si tratta di testamenti, si è sempre più scrupoloso degli atti tra vivi nel richiedersi una volontà libera, indipendente, e pura.

484. Poco importerebbe del resto, che la violenza procedesse da un terzo o dall'individuo gratificato (4), perciocchè la volontà non ne sarebbe meno viziata nella sua essenza.

485. Veniame al dolo ed alla frode.

Il dolo e la frode non sono dei vizi meno considerevoli della violenza nel caso, in cui sono subiti. Dapoichè non la volontà libera e spontanea del disponente ma l'artifizio di un terzo ha agito e dettata la disposizione, così che la legge annulla meno la volontà del testatore, che la volontà di colui, che per mezzo delle sue macchinazioni ha saputo sostituire la sua intenzione a quella dell'autore della disposizione.

Labeone ha dato del dolo una definizione che non si cessa di citare, perchè è tanto esatta quanto concisa: « *Labeo definit dolum om-* « *nem calliditatem, fallaciam, machinatio-* « *nem ad circumveniendum fallendum. decipiendum alterum adhibitam* (5) Secondo gli interpreti *calliditas* s'applica alle parole, come sono le menzogne; *fallacia* alle reticenze frau dolenti; *machinatio* ai fatti artificiosi tendenti ad ingannare.

Presso i Romani la parola *fraus* era più estesa del dolo. La frode era il genere, il dolo la specie. Non poteva esservi dolo senza frode; ma poteva esservi frode senza dolo. Il che avveniva quando la frode risultava dall'evento e non dal proponimento d'ingannare: *eventu non consilio* (6).

Queste distinzioni non sono inapplicabili nel dritto francese o specialmente in materia di rivocazioni delle alienazioni fatte da un debitore in frode dei dritti dei suoi creditori.

Ma sotto l'aspetto, che ci occupa, il dolo e la frode sono sinonimi e camminano pari passo (7).

486. Quel che è stato detto del timore e della violenza, s'applica al dolo, e bisogna aggiungere, che non si presume: « *Dolum ex* « *indiciis perspicuis probari convenit.* (8) »

487. Osserviamo, che la sorpresa su di un punto non annullerebbe l'atto per lo intiero, se il resto dell'atto fosse l'effetto della volontà presunta del disponente. Le disposizioni dei testamenti e delle donazioni non sono indivisibili, e questa osservazione s'applica pure al caso di violenza e di timore.

488. Si domanda, se la disposizione testamentaria è nulla, allorchè il dolo invece di essera stato praticato dall'erede istituito, è stato messo in opera da un'altra persona a sua insaputa. L'affermativa è certa, perchè ogni volta, che vi è dolo, da qualsivoglia parte derivi, la volontà non è stata libera, indipendente, e riflettuta. Ed in questo senso si è pronunziato la Corte di Cassazione con arresto de' 13 di Maggio 1825 (9), malgrado la contrarietà che si cercava di stabilire tra l'art. 1111 e l'art. 1116 del Codice Napoleone. Così anche è stato giudicato da un arresto della Corte di Parigi de'30 di decem. 1850 renduto sotto la mia presidenza (10), in una causa, in cui si allegava, che de' terzi aveano cambiato per mezzo delle loro calunnie in un odio ingiusto i sentimenti affettuosi della testatrice per una persona, che si pretendeva privata a torto della sua successione. L'art. 901 è un principio largamente stabilito, che dev'essere largamente interpretato.

489. La captazione e la suggestione sono un gran vizio nei testamenti; onde bisogna occuparsene.

La captazione e la suggestione non s'intendono la semplice persuasiva adoprata presso del disponente, ma queste parole si applicano alla persuasiva accompagnata dal dolo e dalla frode; sotto del quale rapporto questo mezzo di strappare al disponente delle volontà, che non sono libere, in nulla differisce dal dolo, di cui abbiamo parlato.

La parola *captare* è sovente adoprata nel corpo del dritto, benchè non sempre in cattiva parte (11), però mi sembra, che Furgole va assai troppo lontano, quando insegna, non esser

(1) Furgole, 5, 1, 18.
(2) L. 19, D., *Qui test. facere poss.* Giustiniano, *Instit.*, *Quibus non est perm. facere.*
(3) Voet, *ad Pand.*, *Quod metus causa*, n. 16. *Infra.* n. 714. Art. 1115, C. Napoleone.
(4) Art. 1111 del C. Napoleone, Pothier, *Obbligazione*, n. 23.
(5) L. 1, § 2, D., *De dolo malo.*
(6) Burgelio, *De dolo*, 5, 5. Furgole, V, 2, 8.
(7) Furgole, *luog. cit.*
(8) L. 6, C., *De dolo.*
(9) Dalloz, 25, 1, 321. Aggiungi Cass., 8 di agosto 1837 (Dalloz, 38, 1, 178).
(10) Inedita, 1ª Camera. Tabourier *contra Dugueyt.*
(11) L. 25, *De transact.* L. 1, C., *De commerciis.* L. 2, C., *Sine censu vel reliquis fundum.* L. 1, D., *Si quis aliq. test. prohib.*

Digitized by Google

mai presa in senso odioso (1). Basta di citare la legge ultima del Codice *De pactis pignor*, ed il § 4 *De societate* nelle Instituzioni di Giustiniano per provare, che porta spesso con essa l'idea del dolo, ed in questo senso ordinariamente l'adoprano i poeti (2).

È vero, che presso de'romani il mestiere degli eredipedi, così apertamente esercitato, metteva ogni giorno in pratica le assiduità, le compiacenze, i servizi, i donativi, ed altri raggiri colorati d'una affettazione di amicizia e di devozione; pe'quali mezzi si rinsciva rendersi padrone de' vecchi de'vedovi e de' celibi. Testimonio quel Regolo, di cui Plinio il giovane narra gli atti folli relativamente a'testatori(3). Simili abitudini comportavano una certa rilasciatezza nelle leggi, e rendevano la giurisprudenza difficile sul genere di captazione, che faceva annullare i testamenti. I moralisti votavano al ridicolo ed al disprezzo i cercatori di eredità (4), ma il pretore non li privava per questo solo delle liberalità comprate con le loro bassezze.

Nonpertanto vi erano delle instituzioni, che la legge dichiarava nulle di pieno dritto, infligendo loro il nome di captatoria (5);novella pruova. che la captazione non si presentava sempre con de'caratteri innocenti.Codeste instituzioni erano quelle così concepite: « Instituisco Tizio, se mi fà suo erede (6). » Era questa una vera speculazione; era un calcolo sordido, perocchè il testatore offriva la sua successione come un amo per avere l'altrui. « *Captatoria institutio dicitur* (improato il linguaggio energico di Vinnio) *cum testator hereditatem suam, tanquam in hamo, defert, ut alienam allectet atque invitet* (7).

Ma indipendentemente da queste disposizioni nulle, vi erano quelle, che il dolo avea captato, e che si annullavano, quando ne veniva fatta la pruova (8). La captazione adunque non era, che una varietà del dolo, e bisognava, che ne avesse i caratteri; imperocchè se non andava sin là, era impotente per far cadere il testamento (9).

Questi principi sono i nostri, e la captazione non è un vizio, se il dolo non è il suo principale instrumento (10).

490 Diciamo la stessa cosa della suggestione. Suggerire ad una persona l'idea di fare un testamento non è un vizio di natura tale da infettare la volontà, che in quanto il dolo vi ha avuto parte, imperocchè non è vietato d'inspirare a qualcuno un buon pensiero (11); ma è colpevole di consigliarne uno cattivo e di farlo accettare con de'mezzi fraudolenti (12). L'affezione, le carezze, i buoni procedimenti sono de' mezzi di persuasiva, ma di una persuasiva onesta e permessa dalle leggi(13).Ben lontano d'indebolire la volontà, l'aumenta. *Haec omnia*, dicono i Teologi, *voluntarium non tollunt, sed augent* (14).

Quel, che toglie alla volontà la sua libertà, è la suggestione artificiosa, dolosa, fraudolenta (15).Sarebbe infrangere il commercio degli uomini il proscrivere i rapporti di benevolenza, che possono condurre ad essere liberale. *Nam blanditiis non proibemur elicere hominum voluntates, benignitatem*.Così parla Cujacio(16).

491. Queste idee sono quelle del nostro diritto francese(17).Quando le consuetudini hanno voluto, che i testamenti fossero dettati senza suggestione di alcuno (18),non hanno inteso di proscrivere queste distinzioni. Solamente hanno voluto dire, che il testatore dovea parlare al Notajo di suo proprio movimento e senza speciale interrogazione di altri sulla persona del legatario (19). Ma quando il testamento è stato liberamente dettato, non è entrato nel loro pensiero di proscrivere la persuassione onesta, che ha potuto agire precedentemente sullo spirito del testatore.

492. La suggestione non potrebbe dunque essere separata dal dolo sovversivo della libera volontà del testatore. Per un capriccio della nostra lingua il verbo suggerire non si prende in cattiva parte,ma il sostantivo suggestione porta con lui l'idea di una persuasiva fraudolenta.

493. Si è stato sempre in Francia difficilissimo ad ammettere la pruova della suggestione e della captazione (20), Nondimeno vi sono de-

(1) 5, 3, 9.
(2) Orazio, 2, *Satira*, 4, Marziale, 4, *epig*. 56; 5, 18; 6, 63; 8, 27.
(3) 2, *epist*. 20.
(4) Plinio il giovane, *luog. cit*. Marziale, *luog. cit*. Petronio, Satyr. 16.
(5) L. 70, D., *De haered. instit*. L. 64, *De leg*. 1°. L. ult., C., *Si quis aliq. test. prohib.*
(6) Cujacio, XVI, *observ*., 11.
(7) *Partit. juris*, l. 1, c. 38. Vinnio riassume l'opinione di Donean, lib. VI, c. 19, n. 14 a 21. Furgole, dà un'altra significazione a queste parole *instituzioni captatorie*, *luog. cit*, 16. V. ancora Fabro, *De errorib*, 51, 4, 6; 52, 1, 3. *Infra* n. 550.
(8) Papiniano, l 3, D., *Si quis aliq. test. prohib.*
(9) Furgole, V, 3, 20.
(10) Cassaz., 21 dicembre 1841. Deville, 43, 1, 51.
(11) Le leggi 2, § 1, D., *Ubi pupill.*; 1, § 21, D., *De quaest.*; 5, C., *De verb. signif.*; 5, C., *De bonis quae lib.*; 5, C, *De solut.*, prendono la parola suggerire in buona parte.
(12) Arresto della Corte di Cassaz., de' 21 dicembre 1841 precitato.
(13) L. 70, D, *De haered instit*. L. ult., C., *Si quis aliquid. test. prohib*. L. ult D, detto titolo.
(14) Tournely, *De actibus humanis*, part. 3, *De restitutione in particulari*. Furgole, V, 3, 25.
(15) Manochio, *De arb. judic.*, c. 395, n. 45.
(16) *Resp. Papin.*, sulla legge ult. D., *Si quis aliq. test. prohib.*
(17) Brillon, v° *Testamento*, n' 16 e 232.
(18) Poitou, art. 268 Peronne, art. 162.
(19) Coquille *sul Nivernese*, cap. 33, art. 13.
(20) Brillon, *luog. cit*, n. 232.

Digitized by Google

gli esempi di testamenti cassati per suggestione (1). Se ne trovano particolarmente nel caso di testamenti consigliati da'confessori a favore dello stabilimento religioso, cui essi appartenevano (2).

Un arresto della Corte d'Angers del 1.° di agosto 1831 (3) offre una specie tra le più interessanti, che ci siano date negli annali della giurisprudenza. Una persona di età, credendo alla potenza delle carte e della divinazione, si era abbandonata ad una ciarlatana di buone avventure, che pretendeva di procurargli colle sue occulte cognizioni la guarigione di tutte le sue infermità ed una lunga vita. Questa ciarlatana si era nel tempo istesso servita dell'ascendente,ch'esercitava su quest'animo debole, per persuaderlo, che le persone, che lo circondavano, gli tendevano de'lacci, e cospiravano contro di essa. Così era riuscita ad estinguere le affezioni di questa persona credula, e si era fatta instituire sua erede. Non potevano ritrovarsi in un più alto grado tutti gli elementi della suggestione e della captazione riuniti e messi in opera.

494. Siccome il Codice Napoleone non parla della captazione e della suggestione,si è agitata la quistione, se un testamento potesse essere cassato per queste due cause. Ma i dubbî su questo punto non sono serî, dapoichè la legge rispetta soltanto la volontà libera de'moribondi Sarebbe ingiuriare il Codice Napoleone il supporre, che ha voluto incoraggiare il dolo ed i mezzi odiosi di arricchirsi (4).

495. Vedremo pure nell'art. 909, che il legislatore ha creduto di dovero stabilire una presunzione di captazione *juris et de jure* in certi casi.

496. Il concubinato è una pruova irrefragabile di captazione? Esamineremo più tardi questa quistione (5), dicendo sin da ora, che dovrà essere risoluta per la negativa.

497. Non si potrebbe neppure considerare come frutto della captazione un testamento fatto per parere di un consigliere Molte persone consultano il loro notajo o il loro avvocato o anche un amico, e si fanno dare un modello di testamento; questo è un mezzo d'illuminarsi, ed il dolo non ha luogo in tali casi.

498. Però non si tralascerebbe di vedere una captazione nelle circostanze seguenti. Un individuo senza fortuna, ma pieno d'intrigo, si adorna di un nome appartenente alla nobiltà, e s'impadronisce dell'animo di una donna, che lusinga con la speranza di sposarla. Questa donna cade ammalata d'una malattia mortale; l'intrigante si fa fare da essa un testamento, e tra' mezzi, che adopera, per raggiungere questo scopo, le dà un atto, col quale la instituisce sua erede, sapendo bene, che nello stato disperato,in cui ella è, questo testamento non è che un'esca. Era evidentemente in tutto ciò una seguela di mezzi fraudolenti; e così è stato giudicato da un arresto della Corte di Parigi del 21 di decembre 1829 e da un arresto della Camera de' ricorsi de' 14 di novembre 1831, che ha rigettato il ricorso (6).

Si può consultare un altro arresto della Corte di Parigi de' 31 di Gennaro 1814, renduto in circostanze analoghe (7).

499. Non ci distenderemo di più su di altri esempi, ma ci limiteremo ad aggiungere, che bisogna applicare qui quel,che abbiamo detto nel n 468 della frode, adoprata da un terzo. L'Arresto della Corte di Cassazione del 18 di maggio 1825, che abbiamo citato, è anche renduto in questo caso preciso di captazione e di suggestione.

500. L'errore è un altro vizio, che altera la volontà, ma ciò ha bisogno di spiegazione.

Se la causa finale, che ha indotto il disponente a testare, è enunciata, il testamento è nullo.

Un padre instituisce per erede suo figlio che serviva nelle armate; qualche tempo dopo si sparge la voce della morte di questo giovane, ed il padre oppresso dal dolore, ma non volendo morire intestato, instituisce Sempronio per suo erede. Il padre muore, ed il militare, che si era creduto vittima del suo guerriero coraggio, ricomparisce, e dimanda la successione di suo padre. Cicerone, che riferisce questo fatto interessante, non lo considera, che sotto il rapporto oratorio ed indica questa causa come una de'le più illustri, che si possa presentare. « *Quae potuit igitur esse causa major quam illius militis?* (8) » Non fa conoscere la decisione de'Centumviri, ma è facile di presentirla,sopra'utto se si riporta alla legge ultima *Dig. De cond. instit.*, così famosa e così nel brata dagli autori che in un caso simile dichiara essere la institu one nulla.

501. Se l'errore versa sulla persona dell'erede o del legatario o sul corpo della cosa legata, vizia la sostanza della volontà, e fa cadere la disposizione (9).

Per esempio Pietro voleado gratificare Fran-

(1) Catellan, 2, 97. Brillon, *luog. cit. Giornale delle udienze*, 1, 3, 16. L'ordin. del 1731, art. 47, autorizzava quest'azione.

(2) Brillon, v° *Testamento*, n¹ 51 e 253.

(3) *Gazzetta de' Tribunali*, 27 agosto 1831, n. 7530.

(4) Cassaz., 14 novembre 1831 (Dalloz. 32, 1, 38). Agen, 17 giugno 1812 (Devill e Car., 4, 1, 302 e seguenti) Grenoble, 14 aprile 1806 (Devill. e Car., 2, 2, 133). Bruxelles, 14 giugno 1806 (Devill e Car, 2, 2, 153). Bruxelles, 21 aprile 1808 (Devill. e Car, 2, 2, 380). Liege, 24 agosto 1807 (Devill e Car., 2, 2, 296). Rouen, 8 gennaio 1827 (Devill. e Car., 8, 2, 309). Merlin, Repert, v° *Suggestione* Grenier, n. 145. Toullier 1. V, n. 705.

(5) *Infra*. n 568.

(6) Dalloz, 31, 1, 38.

(7) Dalloz, 3, 238

(8) *De oratore*, I 39. Sopra n 383.

(9) Mantica, IV, 7, 2 Furgole, V, 4, 5 e 6.

Digitized by Google

cesco, nomina nel suo testamento Giacomo, che non conosce; ovvero volendo dare a Francesco una tal cosa, ne nomina un' altra, con la quale non era nella sua intenzione di gratificarlo. L'errore non sarebbe riparabile, che in quantochè lo stesso testamento con le sue enunciazioni o col suo insieme permettesse di togliere il dubbio sulla persona o sulla cosa. Altrimenti il testatore avendo fatto una cosa diversa di quella che voleva fare, e non avendo espresso quel, che era nella sua intenzione, la disposizione non deve produrre effetto.

502 L'errore vizia egualmente la disposizione, quando versa sulla qualità della persona, purchè questa qualità sia stata la condizione determinante, e che senza di essa il legato non si sarebbe fatto. *Alias non fuisset legaturus* (1).

Per esempio Francesca volendo conservare l'onore della famiglia di suo marito, fa ad un giovane, ch' ella crede nipote di quest' ultimo, una donazione della maggior parte dei suoi beni. Però più tardi conosce, non essere questo giovane di lui nipote, ma un figlio adulterino, vestito di una falsa qualità. Evidentemente la donazione è nulla, e la nullità sarebbe sopratutto più flagrante, se Francesca avesse detto. «Perchè un tale è il nipote di mio « marito, e che io voglio, che il suo nome sia « portato con onore, gli dono i miei beni»(2).

503. Ma se la qualità non fosse stata la sola considerazione dominante, se l'affezione personale si fosse mischiata con la liberalità, non si potrebbe più dire, che vi è un errore fondamentale nella disposizione: e più sopra abbiamo citato un rimarchevole esempio di questa limitazione (3).

504. Allorchè l'errore di dritto è la causa finale della disposizione, l'infetta di un vizio non meno radicale dell'errore di fatto, perciocchè la volontà espressa non è una volontà retta e sana (4).

Pietro Bonnecarrère aveva maritata sua figlia a Bernardo Daries costituendole una dote di 150 scudi; questa figlia era morta lasciando una figlia, ch'era morta ancor essa. Pietro Bonnecarrère credendo, che Bernardo Daries fusse succeduto nella dote costituita per la premorienza della di lui figlia, ordinò col suo testamento, che ciocchè di quella restava dovuto, gli sarebbe intieramente pagato dalla sua successione. Dopo la morte di Bonnecarrère la disposizione fatta a favore di Bernardo Daries fu contestata come fondata su di un palpabile errore, perchè la premorienza della figlia di Bonnecarrère faceva ritornare la dote nelle mani di quest'ultimo *in solutium luctus*. Bonnecarrère aveva adunque errato sul suo diritto, e questo errore era la causa determinante della disposizione. Nondimeno questa pretensione portata innanzi il Parlamento di Tulosa vi destò de'gravi dubbi. D'Oliva ci ha conservato la discussione approfondita, della quale fu obietto tra' Magistrati. Vi si vedrà in pruova degli alti lumi, che illuminavano la Camera di consiglio di queste illustri e dotte compagnie. Si finì per riconoscere, che si trattava di un uomo rustico, ignorante del dritto, che avea creduto di fare un atto di coscienza, mentre la sua coscienza non l'obbligava a nulla, avendo voluto pagare, quando non doveva nulla. Importava poco, che il testatore avesse peccato per errore di dritto: se la distinzione dell' errore di dritto e dell'errore di fatto è considerevole nella materia de'contratti, non è di alcuna importanza in quella de'testamenti, ove si ha solo riguardo alla volontà, la quale è egualmente turbata e dall' errore di diritto e dall' errore di fatto. L'arresto del 5 di aprile 1630 consacrò queste verità (5) (a).

505 Quando l'errore versa solamente sul nome proprio della cosa o dell'erede, è facilmente riparabile, se d' altronde l'identità è costante (6). Per esempio « lego a Francesco, figlio « di mio fratello, una tal somma di denaro. » Benchè Francesco non sia il nome del legatario, siccome quest'errore vien corretto da altre designazioni, non se ne terrà conto, ed il legato sarà tenuto per buono (7).

506. L'ubbriachezza è una demenza passeggiera; una infermità accidentale, che toglie all'intelletto la regola della volontà, e lo lascia in preda agli sregolamenti di una fantasia brutale (8). Ogni volta che è stato provato, essere stato il testatore immerso nell'ubbriachezza nel momento del suo testamento, i Tribunali non hanno esitato ad annullare quest'atto sprovveduto di saggezza e di riflessione (9).

(1) Argomento della legge 72, § 6, D., *De cond. et demonst* L. ult., D., *De haered. instit.* Mantica, VI, 14. 7. Furgole, *luog cit.*, n 7.

(2) L. ult., D., *De haered. instit.*

(3) Sopra n 384.

(4) Furgole, V, 4, 9. D'Oliva, 5, 17.

(5) D'Oliva, *luog cit.* V. l 1, § 2, e 72, § 6, D., *De cond. et demonst.* L. 1, C, *De falsa causa.*

(a) È evidente, che nella specie proposta trattavasi non di un legato ma del pagamento di un debito, il cui titolo era diverso dal testamento; nè il testatore aveva fatto altro, che narrare nell'atto della sua ultima volontà l'obbligazione, che aveva, ed ordinare, che fosse soddisfatta La nullità del legato non avrebbe impedito al creditore di dimandare la somma dovutagli nel caso, in cui fosse stato realmente ordinato un legato, il quale d' altronde non sarebbe valuto, che a dare al creditore pel conseguimento del proprio credito anche l' azione *legati* oltre di quella *crediti* Ma ripetiamo nella specie non si dispose un legato, e conseguente pare, che la proposta quistione debba essere risoluta con le disposizioni relative alla ripetizione dell' indebito

Il traduttore.

(6) L. 4, D., *De legat.*, 1°. Furgole, V, 4, 14. Mantica. IV, 7, 1. Doneau, 6, 21, 11 e seguenti.

(7) Mantica, IV, 7, 1.

(8) Furgole, IV, 2, 210. Grenier, n. 102.

(9) Caen, 9 gennaio 1823 (Devill., 7, 2, 153).

Digitized by Google

Ciò diverrebbe ancora più palpabile se l'ubbriachezza fosse stata provocata dalle manovre fraudolenti di un terzo interessato nel testamento (1), perocchè in questo caso l'ubbriachezza sarebbe complicata col dolo, e la liberalità peccherebbe per un doppio vizio.

507. Il suicidio, che sembrava a Rousseau una follia (2) ed un fine ragionevole a' Stoici (3), è pel Giureconsulto un fatto, che autorizza a discutere il buon senso del testatore, e non a dichiararlo per ciò solo estinto. Si consulterà lo stato morale. le facoltà intellettuali, le cause impulsive, e si deciderà secondo le circostanze per o contra l' infermità della mente.

508. Dopo di avere percorso la serie delle alterazioni, delle quali la volontà del donante o del testatore è suscettibile, ci resta di stabilire una sola quistione per esaurire il commentario del nostro articolo. Consiste nel sapere, se il testamento olografo per la sua stessa forma non è al sicuro dagli attacchi, che possono ricavarsi dalla demenza, dalla captazione, e dalla suggestione, dalla frode e da altri movimenti disordinati, che tolgono alla volontà la sua rettitudine e la sua indipendenza.

È vero, ch' è difficile di supporre in un uomo in preda di un profondo disordine del'a ragione o a delle influenze perverse, sufficiente pazienza docilità e sommessione per scrivere di propria mano una lunga seguela di disposizioni ragionevoli e combinate. Come credere, che un uomo sommesso a delle importunità suggestive, non abbia trovato un intervallo per rischiarare la sua mente; che non abbia cercato dei consigli prima di redigere le sue ultime disposizioni; infine che se una disposizione fosse stata estorta alla sua debolezza, non avess' egli rivocato ciocchè l'avevano forzato a scrivere? Come credere, che dopo di avere ceduto ad un sistema di captazione artificiosa, che ha potuto abbagliarlo, non sia giunto il momento della riflessione, quando distendeva egli stesso per iscritto le sue disposizioni, e doveva raccogliere con maggior cura la sua ragione e le sue idee (4)?

Checchè ne sia, sarebbe stato pericolosissimo, secondo d' Agnessean, di decidere in generale, che la pruova di questi differenti vizi della mente non potrebbe mai essere ammessa contro di un testamento olografo, del tutto savio. Nondimeno, giusta la stessa autorità « questa pruova non può essere accordata, che « raramente ed in circostanze regolari (5). » Per modochè tutto ciò, che si può dire a tale riguardo, è che il testamento olografo, quando è ragionevole, forma nel testatore una maggiore presunzione di capacità del testamento solenne, ma che non forma una presunzione *juris et de jure*, ch'esclude la pruova contraria (6).

In conformità di queste idee un arresto della Corte di Parigi de' 17 di giugno 1822, confermato da un arresto della Sezione de' ricorsi della Corte di Cassazione de' 29 di aprile 1826 (7), ha deciso, che l'attore non potev'essere ammesso nella specie a provare con testimoni, che un testamento olografo era il frutto della seduzione, se non in quanto avesse in suo favore un principio di pruova scritta.

Però non bisogna generalizzare di troppo codesta decisione, la quale non può spiegarsi, che per le circostanze, comechè la frode può provarsi con tutti mezzi (8), nè è giuridico di dire anticipatamente di una maniera assoluta, che unicamente con l'ajuto di un principio di pruova scritta si può esser ammesso a farne la pruova.

Articolo 902 — (818)

Ogni persona può disporre e ricevere sia per donazione tra vivi, sia per testamento, eccettuate quelle, che la legge dichiara incapaci (a).

SOMMARIO

(1) Rouen, 10 agosto 1812 (Devill., 4, 2, 172, 173).
(2) *Novella Eloisa*, 3ª parte, lettera 22.
(3) Diogene Laerzio, *Vita di Zenone*, VII, § 130.
(4) D'Aguesseau, 37ª Aringa.
(5) Aggiungi Brillon, *luog. cit.*
(6) Furgole, V, 3, 48. Merlin, Repert., vº *Testamento*, p. 558.
(7) Dalloz, 24, 1, 191.
(8) Bayle Mouillard, su Grenier, t. 1, p. 650
(a) Uniforme a quest' articolo è l' articolo 818 delle Leggi civili. — *Il traduttore.*

Digitized by Google

518. Continuazione.
519. Continuazione.
520. Continuazione.
521. Continuazione.
522. *Quid* in ciò, che concerne l' antica giurisprudenza? Il Codice Napoleone nell' interdire al morto civile la donazione tra vivi, non ha innovato, ma si è soltanto conformato a' principî dell' antica giurisprudenza.
523. *Quid* di una donazione a causa di nozze? Il morte civile aveva capacità per farla?—*Quid* del condannato ad una pena afflittiva perpetua?
524. L' incapacità del morto civile per testare non era dubbia nel dritto romano.
525. Deve porsi sull' istessa linea del condannato ad una pena afflittiva perpetua il condannato ad una pena afflittiva ed infamante temporanea, ch' è in istato d' interdizione durante la pena?
526. Del dritto degli stranieri di disporre a titolo gratuito. — Che cosa questo dritto era in Roma. — Che cosa era in altri tempi in Francia. — Del dritto di reciprocanza ammesso dal Codice Napoleone.—Legge de' 14 di luglio 1819.
527. In quale forma dev' essere fatto in Francia il testamento d' uno straniero? — Applicazione della regola *locus regit actum*.
528. Sotto di Giustiniano i monaci furono privati del dritto di testare. — Per quali ragioni?—In Francia ero di dritto pubblico, che i monaci erano morti civilmente.
529. Oggi non esiste incapacità legale contra gli ecclesiastici, quali si siano le congregazioni, alle quali appartengono. Dell' istituzione de' Fratelli della dottrina cristiana — Della capacità civile de' membri di questa istituzione *ut singuli*.
530. Delle congregazioni delle donne. — Decreto dei 3 di gennaio 1852 — Le religiose non sono colpite di morte civile.
531. Dell' incapacità del figlio di famiglia in dritto romano. — Sotto il Codice Napoleone, il figlio di famiglia, che ha l' età richiesta, può disporre de' suoi beni.
532. Dell' incapacità del minore. — Rinvio.
533. Della donna maritata. — Rinvio.
534. *Quid* della capacità del prodigo, ch'è privato dell' amministrazione de' suoi beni?
535. Vi sono delle infermità corporali, che possono mettere ostacolo al dritto di donare e di testare? — *Quid* della vecchiezza?
536. *Quid* di una malattia mortale?
537. *Quid* del sordo muto? — Il sordo muto può testare?
538. Il sordo-muto può fare una donazione tra vivi?
539. Il sordo muto, che non sa scrivere, può fare questi atti per mezzo di segni?
540. Un cieco può fare un testamento in forma olografa?
541. Delle incapacità passiva o di ricevere. — Sono assoluto o relativo.
542. Delle incapacità assolute.—Del morto civilmente.
543. Può ricevere de' doni manuali, ch' eccedano gli alimenti? — Rinvio.
544. Delle persone incerte. Rigore dell' antico dritto romano, corretto da Giustiniano.
545. L' antica giurisprudenza autorizzava i legati fatti a persone incerte *ex certa genere*.
546. Poco importa, che la persona sia ignota al testatore, se questa persona si trova sufficientemente indicata dal testamento, o s' è certo, che la disposizione non è stata fatta ad azzardo. — Esempio.
547. Quid, se le liberalità sono fatte di tal sorte, che la persona chiamata dalla disposizione non era concepita all'epoca della morte del testatore? — Rinvio.
548. La facoltà di eleggere è valida, quando è circoscritta nel cerchio delle persone designate. — Confutazione di un' opinione del sig. Joubert nel Tribunato.
549. Il legato fatto ad un esecutore testamentario per essere impiegato secondo le intenzioni segrete del testatore è valido? — Arresto della Cassazione, che annulla un legato fatto a' Gesuiti di S. Acheul.
550. Arresti in senso contrario renduti in specie analoghe dagli antichi parlamenti.
551. Questa giurisprudenza nonpertanto non giungeva ad autorizzare de' legati per delle somme indefinite.
552. In oltre il favore accordato a' depositi testamentari era indipendente dalla quistione del deposito tra vivi. — Sarebbe lo stesso adesso a' termini dell' articolo 1939.
553. Il mandato dato per testamento di rimettere una cosa ad una persona designata è valido. — Quid se la persona non è stata designata nel testamento?
554. Motivi dell' Ordinanza del 1735, che dichiara nulle le disposizioni testamentaria o a causa di morte, che non sono fatte per iscritto
555. Malgrado il silenzio del Codice, non è dubbio, che la disposizione segreta, di cui si tratta, non sarebbe valida.
556. Dalla capacità passiva degli stabilimenti pubblici e de' corpi morali. — Rinvio all' art. 910.
557. Poco importa, che il corpo morale non sia nominativamente designato.
558. È valida la disposizione seguente: « Voglio, che « pagati i miei debiti, il residuo de' miei beni sia « impiegato in messe pel riposo delle anime di mio « marito, di mio padre e mia madre, di mia figlia « e della mia ».
559. I legati fatti a Dio, a' Santi, alla Vergine Marie sono validi, e sono riputati fatti alla fabbrica.
560. Il linguaggio mistico del testatore non distrugge una disposizione, il cui senso non è dubbio. — Specie giudicata in Torino ed in Genova.
561. In qual senso i legati fatti e degli animali sono validi.
562. Transizione.
563. Dell' incapacità passiva in dritto romano: delle vedova, che si rimaritava o malversava nell' anno del lutto.—Differenza di legislazione in Francia.— Capacità di questa donna sotto il Codice napoleone.
564. Dell'incapacità dei monaci nell'antico dritto francese.— Ora non sono colpiti da alcuna incapacità di ricevere.
565. Delle congregazioni di religiosi autorizzati dalla legge de 24 maggio 1825.
566. Si può donare in Francia per testamento o per donazione a un religioso straniero morto civilmente secondo la legislazione del suo paese?
567. Enumerazione delle incapacità relativo.
568. Vi è incapacità relativa tra' concubini?—Del concubinato nel dritto romano. — Distinzione tra la *focaria* e la concubina
569. Antico dritto francese. — *Donazione in matrimonio o in concubinato non vale*. — Legge de' 17 nevoso anno II, e de' 4 germinale anno VIII. — Come dev' essere interpretato il silenzio del Codice.
570. La dottrina e la giurisprudenza sono di accordo per serbare le donazioni tra concubini.
571. A menochè non vi sia stata captazione fraudolenta.
572. Delle donazioni e de' legati nel caso, in cui il concubinato prenda il carattere di adulterio.—Il Codice non ha adottato su questo punto i principî del dritto romano e dell' antica giurisprudenza.
573. Dell' incapacità passiva, che risulta dall' indegnità. — Differenza tra l' indegno e l' incapace.
574. Delle cause d' indegnità ammesse dal Codice.
575. Della condanna per avere data la morte al defunto.
576. Della denunzia capitale contra il defunto giudicata calunniosa.
577. Della mancanza di denunzia delle uccisione del defunto. — In dritto romano l' erede, che non perseguitava gli uccisori del defunto, era indegno. — Perchè in Francia basti, che ne denunzi l' omicidio.
578. Senso della parola *omicidio*. — Nel caso, in cui il Ministero pubblico ha preso l' iniziativo, l'erede non è tenuto di fare la denunzia.

579. I figli dell' indegno, venendo alla successione del defunto per mezzo della rappresentazione, sono indegni come lui.
580. Colui, ch'è indegno di succedere immediatamente, è anche indegno di succedere mediatamente per mezzo di un terzo? — Opinione contraria di Bartolo e di Cujacio. — Nel silenzio del Codice l'affermativa dev' essere adottata.
581. Le regole tracciate dal Codice nel titolo delle *Successioni* sull' indegnità sono applicabili alle successioni testamentarie.
582. Rinvio circa l' indegnità in materia di donazione tra vivi.

COMENTARIO

509. Abbiamo esaminato precedentemente se la donazione ed il testamento sono di dritto naturale, ed abbiamo risoluto per l'affermativa questa quistione semplice in se stessa, ma troppo oscurata da lunghi pregiudizi. La conseguenza di questa soluzione si è, che la capacità di donare e di testare è di dritto comune, vale a dire, che appartiene a tutti, tranne coloro, ai quali la legge l' ha espressamente negata.

Altra volta i giureconsulti non erano più di accordo su questo punto che sull'altro, del quale è il corollario. Doneau diceva formalmente: *Omnes testamentum facere possunt, qui non prohibentur* (1). Al contrario Osuald Hilliger suo annotatore è di avviso, che niuno può testare, eccettua'i coloro, ai quali la legge lo permette (2), e Furgole inclina verso di questa opinione sul fondamento della legge 3, D., *Qui test. facere possunt*, che contiene « *Testamenti factio non privati sed publici juris est.* (3). » Ma da che il dritto pubblico interviene nei testamenti o nelle liberalità per prevenirne gli abusi, non siegue, che li toglie al dritto naturale nell' essenza e nel fondo. La disposizione della proprietà è di dritto naturale come la stessa proprietà. Chiunque è proprietario ha il dritto di disporre della cosa sua sia tra vivi, sia a causa di morte. Tale è la regola sovrana, ed occorre un'eccezione espressa e speciale per farla piegare. Quando si pensa diversamente, non si parte dai veri principi, sui quali riposa il dritto di proprietà, e si circoscrive questo dritto sovrano in una delle sue più legittime conseguenze.

Teniamo dunque per certo, che chiunque non è privato per interdizione del dritto di testare, gode di questa eminente prerogativa. D' onde siegue, che la presunzione è in favore della capacità, e questa presunzione non cessa, che per una pruova contraria tirata dal testo della legge. Eccone un esempio:

Altra volta chiedevasi dottissimamente, se gli eunuchi potessero testare, e molti giureconsulti, mettendosi a spendere delle osservazioni fisiologiche, ricusavano loro questo potere, « Quia « non pubescunt, et quia nec viri nec mulieres, « sed tertium genus habiti » (4). Ciò era spiritosissimo ed ingegnosissimo, ma era concludente? Accursio si cavava fuori per un' altra ragione, poco degna della gravità di un giureconsulto. *Non habent testes*, egli dice, *quos testamentum requirit.* Il nostro testo esclude simili quistioni, e ne mostra pure la frivolezza. La capacità civile è nell' intelligenza e non nella conformazione corporale. Ogni essere intelligente è nella comunione umana, e gode del dritto comune.

Il nostro articolo non ha dato il dettaglio delle incapacità, cha la saggezza del legislatore ha fatto stabilire. e se ne riporta alle disposizioni sparse nel Codice. Tentiamo di percorrerle, perchè questa materia è importante, e con ragione la legge 4, D., *Qui testament.*, *facere possunt* ha detto: « *Si quaeramus an « valeat testamentum, in primis animadver- « tere debemus, an is, qui fecerit testamen- « tum, habuerit testamenti factionem* (5). »

Parliamo dapprima delle incapacità attive; parleremo in seguito delle passive.

510. Le incapacità che provengono da difetto di volontà ci hanno occupato nel commentario dell' art. 901, nè abbiamo nulla più a dire qui di quella integrità di giudizio, *sinceritas mentis*, che è così necessaria nelle liberalità. Ci basta di rinviare all' articolo 903 pei vizi di volontà, che risultano dall' età.

511. La morte civile ingenerava altre volte una grave incapacità di disporre.

Non è il luogo di far l' istoria della morte civile e di ricercare le serie critiche (6) sotto le quali è andata a soccumbere. Oggi la morte civile non esiste più, perchè la legge del 31 di maggio 1854 l' ha abolita (a). Ma nel pronunziare l' abolizione della morte civile questa

(1) VI, 4, 1.
(2) Sopra Doneau, *luog. cit.* nota 2.
(3) Cap. 4, n. 15. Aggiungi l. 1, D., *Ad leg. falcid.*
(4) Hilliger *su Doneau*, VI, 5, nota 15.
(5) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 171, n. 1.
(6) V. *Rivista di legisl.*, 1849, art. del Sig. Cauvet, professore supplente a Caen. V. pure la *Rivista straniera* giugno 1850, art. del Sig. Molinier, professore di dritto a Tolosa. Il Sig. Savigny, *Trattato del dritto Romano*, t. II, p. 151. Merlin, Repert., v° *Morte civile.*

(a) Presso di noi la morte civile fu abolita sin dal 1° settembre 1819, allorchè la novella legislazione venne messa in vigore. L' art. 28 delle Leggi civili dispone.
« Nelle materie criminali la condanna ad una deter- « minata pena produrrà *ipso jure* la privazione di quei « dritti, che la legge ha determinato. »
E l' art. 16 delle Leggi penali contiene.

Digitized by Google

legge (1) ha conservato l'incapacità assoluta dei condannati a delle pene afflittive perpetue in ciò, che concerne il dritto di disporre o di ricevere per testamento.

Tutte le quistioni d'incapacità per conseguenza della morte civile restano dunque in questa materia le stesse; solamente non si chiamerà più morte civile la causa di questa incapacità, così assoluta, come l'era la morte civile. Vi sarà soltanto il nome cambiato.

512. Secondo l'articolo 3 della legge dal 31 di maggio 1854 il condannato ad una pena afflittiva perpetua, simile al morto civile, è incapace di testare e di donare tra vivi (2); è egualmente incapace di ricevere par donazione o per testamento (3), a meno che non siano degli alimenti (4). La condanna perpetua produce una incapacità così radicale, che se un testamento è fatto da un uomo *integri status*, questo testamento è come non avvenuto, se quest'uomo è colpito da una pena afflittiva perpetua.

Non pertanto come il morto civile, il condannato ad una pena afflittiva perpetua non è incapace degli atti di commercio degli uomini; può comprare e vendere; può prestare ad interesse, fare un affitto ecc. (5). Il suo stato non dà termine alla rendita vitalizia costituita sulla sua testa, che continua durante la sua vita naturale (6).

Per conciliare quest'apparente contradizione si può dire, che il testamento e la donazione sono degli atti di puro dritto civile, mentre la vendita, la locazione ecc. sono degli atti di dritto delle genti, chè perciò è pienamente logico di vietare al condannato, morto civile, i primi, mentre lo si lascia nel dritto comune pe'secondi. Però questa spiegazione lascia qualche cosa da desiderare, e noi non l'ammettiamo assolutamente.

Ed in effetti è chiaro che la donazione si lega al dritto delle genti così bene che la permuta la vendita e la locazione (7). Riteniamo egualmente, che, il testamento procede dal dritto naturale, come le altre maniere di disporre della proprietà (8), e consideriamo come pericolosa e falsa ogni contraria teoria. Nondimeno bisogna confessare, che in quanto alla forma ed alla quota disponibile la donazione ed il testamento ricevono dal diritto civile una profondissima impressione (9). Imperocchè per un impronto fatto dal dritto civile questi due grandi atti della vita si manifestano solleunemente e divengono una legge per la famiglia e pe'terzi. Ecco l'unica ragione, per la quale il condannato perpetuo è stato assimilato al morto civile, e non può partecipare di quegli atti. Escluso dal dritto civile e dai suoi vantaggi, non può impadronirsi delle sue forme privilegiate senza ritornare a talune prerogative della vita civile, il quale ritorno gli è interdetto.

513. Il Signore di Savigny non ha ben compreso questo pensiero, ch'era anche quello del Codice Napoleone in ciò, che concerne la morte civile (10). Secondo lui non si può dire, che sono certe forme determinate, che fanno interdire al morto civile l'uso della donazione, dapoichè al di là di 150 franchi la veudita la permuta e la locazione sono del pari astrette ad una forma determinata (11).

Questa obiezione non ha alcun valore. Ed in effetti questa forma determinata, che la legge impone a'contratti ordinari al di là di 150 franchi, è forse necessariamente una forma solenne? Forse non può prodursi sotto il semplice involto di un atto sotto firma privata? Forse vi è la minima somiglianza da stabilire tra convenzioni così libere da ostacoli, e la di cui pruova scritta può trovarsi sia nelle lettere missive, e la donazione ed il testamento, che

« Il condannato all'ergastolo perde le proprietà di « tutt'i beni, che possedeva; la sua successione è aperta a vantaggio de' suoi eredi, come se egli fosse « morto senza testamento, non potendo più disporre « nè per atti tra vivi, nè per testamento di tutto o di « parte de' suoi beni ».

« Non può neanche acquistare nè per atto tra vivi « nè per causa di morte. Tuttavia la legge lo considera come mezzo ed organo per potere i di lui discendenti conseguire i dritti successori ed i condizionali, « che si verificheranno a suo favore ».

« Non può stare in giudizio civile nè per dimandare « nè per difendersi, altrimenti, che sotto il nome e col « ministero di un curatore nominato specialmente da « quel tribunale, ove l'azione è introdotta »

« Il tribunale civile può obbligare i di lui eredi a « somministrargli qualche sovvenzione a titolo di alimenti, i quali debbono limitarsi ad un piccolo sollievo ».

Adunque il condannato all'ergastolo è presso di noi testualmente incapace della capacità attiva e passiva del testamento, nè può donare tra vivi o ricevere allo stesso titolo. La sol' eccezione a questa regola generale è per gli alimenti.

È capace di tutti gli atti *di commerio*, di cui parla il nostro autore, ed acquista i dritti e contrae le obbligazioni, che ne derivano, ma non può far valere le sue azioni od eccezioni personalmente, nè per mezzo di un mandatario; provocherà ed otterrà la nomina di curatore, da cui verrà rappresentato tassativamente in quel giudizio.

La pena dell'ergastolo è perpetua. Niun' altra pena priva il condannato della capacità di disporre o di ricevere per atti tra vivi o per testamento

Il traduttore.

(1) Art. 3

(2) Capacità di donare, 1 2. L. 8, § 1, D., *Qui test. facere poss* L. 1, § 2, D, *De leg*, 3º. Cujacio. XIV, *observ.*, 12. Capacità di ricevere. L. 1, C., *De haered. instit.* L. 3, D., *De his quae pro non scripto*, ecc.

(3) Richer, *Morte civile*, p. 225. Despeissas, *Donazioni*, p. 210, n. 15.

(4) L. 16, D., *De interd. et releg.*

(5) L. 15 a 16, D., *De interd. et releg.* Cujacio sulla legge 121 D., *De verb. oblig.*

(6) Art. 1981.

(7) Savigny, t. II, p. 157. Sopra ai 9, 10, 11.

(8) Sopra n.i 12 e seguenti.

(9) Sopra n. 11.

(10) *Luog. cit.*, p. 157.

(11) Art. 1341, Cod. Nap.

Digitized by Google

non possono mai fare a meno delle selennità sacramentali (1)?

514. E siccome i doni manuali di effetti mobiliari sono al di fuori delle furme solenni della legge, e che restano messi sotto la protezione del dritto naturale, così procede, che il condannato, come il morto civile, può donare e ricevere per questo modo facile e pronto (2). Questo neppure ha compreso il signor di Savigny, che ha portato in questo quistione lo spirito assoluto di un Giureconsulto speculativo (3).

515. Questa incapacità del condannato essendo una imitazione di quella, che il Codice Napoleone legava alla morte civile, conviene di esaminare, se in ciò che concerne la donazione, l'incapacità pronunziata dall'istesso Codice relativamente al morto civile era una innovazione legislativa.

In altri termini prima del Codice Napoleone il morto civile era forse incapace di donare sia secondo il dritto romano, sia secondo l'antica giurisprudenza?

Codesto punto non è senza importanza.

In ciò che concerne il dritto romano due autorità ci si presentano in senso contrario. Il signor Grenier insegna, che il morto civile era incapace di donare (4), ed il signor Merlin, che esso avea a tal riguardo ogni capacità (5). Ma questi autori hanno trattata la quistione senza apportarvi la loro ordinaria erudizione. Noi cercheremo di penetrarvi più profondamente.

516. Il signor Merlin ha detto che per dritto Romano la donazione era un atto di dritto delle genti (6). Questa proposizione non è vera in tutta la sua generalità, e se ne sarà facilmente convinto, distinguendo le differenti epoche, nelle quali la legislazione ha fatto subire alle donazioni de'notabili cambiamenti.

In effetti se si vuole rimontare all'origine della donazione, bisogna senza dubbio convenire, che procede dal dritto delle genti, mentre non appena gli uomini si sono frequentati, hanno cercato per mezzo di liberalità ad intrattenersi in amicizia (7).

Ma il dritto civile si è impadronito della donazione per organizzarla ed imporle delle leggi. Ecco le metamorfosi, che le ha fatto subire.

Nell'antico dritto romano la donazione non era perfetta, che per la stipulazione, o per la tradizione, o per la mancipazione, vale a dire per la vendita immaginaria per *aes et libram* (8). Mi spiego. Non bastava, che fosse intervenuto il consenso rispettivo, ma la legge Cincia esigeva pure, che se la cosa donata era cosa di mancipazione, *res mancipi* (9), intervenisse la solenne mancipazione; se al contrario la cosa donata era *res nec mancipi* (10), esigeva la tradizione. Se le formalità della mancipazione non fossero stato osservate nella donazione delle cose mancipi, la donazione non sarebbe stata perfetta, quando anche fosse intervenuta la tradizione, come si vede in Plinio il giovane (11), ed il donante sarebbe tuttavia restato solo padrone quiritario della cosa.

Talvolta avveniva, che la donazione non era seguita nè dalla tradizione nè da la mancipazione. Ed in questo caso se non vi era, che una semplice convenzione di donare gratuitamente, questa convenzione, formando semplicemente un patto, non poteva produrre veruna azione contra del donante. Per dare a questa convenzione il carattere e la forza di un contratto, bisognava rivestirla delle solennità della stipulazione; allora lo stipulante potev'agire contro del promettente per costringere quest'ultimo a fare per mancipazione o per tradizione la donazione promessa (12).

Fermiamoci a questo punto della romana giurisprudenza.

517. Si vede facilmente, che la donazione per mancipazione non poteva essere fatta da un morto civile. La mancipazione era una solennità di dritto civile, una forma di alienazione puramente romana (13). Ecco perchè Cujacio dice (14), che la donazione fatta con la solennità della mancipazione era una maniera di acquistare per dritto romano. « *Donatio quoque inter vivos, si fiat per traditionem nexi, sive mancipationem, civilis acquisitio est* (15). »

(1) Il Sig. Merlin, ha commesso un poco l'errore del Sig Savigny, Repert, v° *Morte civile*, § 1, art. 2, n. 5.

(2) Locré, t. I, p. 388. Toullier, t. I, n. 282. *Infra* n. 513.

(3) T. II, p. 155, nota G.

(4) *Disc prelim.*, p. 54, 55.

(5) Repert., v° *Morte civile*, § 1, art. 2, n. 5.

(6) Repert., v° *Morte civile*, p. 404.

(7) Sopra *n.* 11.

(8) Giano da Costa sulle Instit., p. 161, note 5 e 6. *Fragm. Vatic. De donat*, *Ad legem Cinciam*, §§ 315 e 266.

(9) Era *res mancipi* i fondi urbani o rurali situati in Italia, e le servitù annesse a questi ultimi; vi si comprendevano pure gli Schiavi e gli animali domestici, che servivano come bestie di trasporto o da soma, vale a dire i bovi, i muli, i cavalli, e gli asini.

(10) Tutto il resto era cosa di non mancipazione, per esempio i fondi situati fuori d'Italia, gli elefanti, i cameli, e tutti gli altri animali selvaggi, infine le servitù urbane, e generalmente tutte le cose incorporali diverse dalle servitù inerenti nel suolo d'Italia. (V. Ulp, 19, fragm 1; Cajo, 1, *Inst.*, 120; 2 ibid., 15, 16, 22, 29, 31 Ducaurroy, *Inst. spieg*, t. I, p 362, n 455).

(11) Lib. 10, *Epist.*, 3. V. *Pand* di Pothier, t. III, p. 34, *n.* 14. Cajo, 2, *Inst.*, 41, 42. Ulp., 19, framm. 8. Ducaurroy, *Inst. spieg.*, t. I, p. 437.

(12) Giuliano, l. 2, §§ 1 e seguenti, D., *De donat.* Ulpiano, l. 17, D., *De donat.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 35. *n.* 18. Ducaurroy, t. I, p. 393.

(13) V. Pothier, t. I, nota B, p. 16.

(14) X° *osserv*, 28.

(15) Si domanderà, se un non cittadino poteva possedere una cosa di mancipazione. Benchè ciò sembra strano bisogna rispondere, che lo poteva, ed ecco come ciò si faceva. Un cittadino romano rimetteva ad un

Digitized by Google

In verità Ulpiano c'insegna, che la mancipazione potev' aver luogo tra persone diverse da' cittadini romani. — « *Mancipatio locum « habet inter cives romanos et latinos colo« narios, latinosque junianos. eosque pere« grinos, quibus commercium datum est*(1). » Ma che se ne deve conchiudere?

I latini *Colonari* erano degli stranieri, *peregrini*, abitanti delle città o colonie situate fuori del Lazio o anche d'Italia, a cui Roma aveva accordato il dritto del Lazio. *jus Latii*. Questo dritto consisteva nella comunione di certi dritti col popolo romano, vale a dire la comunione di certe cerimonie religiose, quella della mancipazione, del pegno, *nexus*, ecc. Nimes, a rapporto di Strabone, godeva del *jus Latii*. Le città latine coloniarie avevano il privilegio di governarsi con le loro leggi ed i loro magistrati; solamente pagavano un tributo a Roma, e fornivano un contingente di truppe ausiliarie in tempo di guerra (2).

I latini Giuniani erano coloro, ch'erano affrancati *inter amicos* vale a dire senza solennità. Tale affrancamento non dava loro il *jus civitatis*, ma dava loro solamente in virtù della legge Giunia il dritto, di cui godevano i latini, ed ecco perchè erano chiamati *Latini juniani* (3). Erano essi dunque *peregrini*. sebbene sotto certi punti partecipassero a qualcuno de' privilegi del dritto di cittadinanza.

In fine Ulpiano aggiunge, che la mancipazione può aver luogo co' peregrini, a' quali è stato il commercio accordato.

Ma intend' egli forse mettere i morti civili sull'istessa linea di questi peregrini?

Ciocchè rende questa quistione difficile a risolvere, si è che Marciano nella legge 15. D., *De interd. et releg.* dice, che il deportato può comprare vendere permutare prestare ad interesse ecc. *Emit et vendit, locat, conducit, permutat, foenus exercet, et caetera similia* (4).

Or tutto questo non è forse fare ciò, che Ulpiano chiama il commercio? Non si può dire di essi, che *commercium eis datum est*? Allora dunque possono eglino praticare la solennità della mancipazione, e tale sembra essere l'opinione di Gotofredo, perocchè rinvia dal testo del frammento di Ulpiano alla legge 15. *De interd. et releg.*

Nondimeno non credo, che questa conclusione possa essere ammessa

Il deportato era tutto affatto cancellato dalla cittadinanza in ciò, che concerne i dritti civili, ed era considerato come morto. *Deportatus comparatur mortuo*, dice Cujacio (5). Ch'egli faccia gli atti di commercio necessari per la sua sussistenza, lo può senza dubbio, perchè è ben d'uopo, ch'egli adopra i mezzi di conservare la sua vita naturale. Però non può adoprare, che i mezzi del dritto delle genti e per nulla quelli del dritto civile. Si troverà nel caso di tutti gli stranieri, *peregrini*, a' quali Roma non aveva accordato il *commercium*, di cui parla Ulpiano. Costoro senza dubbio fanno le cose del dritto delle genti: locano, vendono, comprano, prestano, ma non possono servirsi de' solenni della mancipazione. Ce lo dice Ulpiano, ed il deportato dev'essere assimilato a questi peregrini.

Tutt'i peregrini non erano trattati in un modo ugualmente duro. Molti, come l' abbiamo veduto, entravano in una certa comunicazione di diritto civile co'romani, e non solamente potevano comprare, vendere, locare, prestare, conformemente al dritto delle genti, ma lo potevano ancora, praticando le formalità del dritto civile Romano. Di questa comunicazione di relazioni civili evidentemente Ulpiano vuole parlare, dapoichè non è possibile, ch'egli intenda di parlare degli atti di commercio di dritto delle genti, non essendo per questo necessario, che Roma facesse una concessione a questi peregrini (*concessum est*). Il dritto delle genti appartiene a tutti, il perchè la concessione versava sulla comunicazione di certi dritti civili, in virtù de' quali questi peregrini potevano adoprare nel commercio della vita le solennità romane.

Epperò Pothier nelle sue Pandette non esita a dire, che i deportati non potevano esercitare gli atti legittimi e civili. « *Cum ea quae juris « civilis sunt non habeat deportatus, hinc « civiles et legitimos actus exercere non po« test* (6). »

Or la mancipazione era un atto legittimo secondo la legge 77 D., De *regulis juris*, tratta dal libro 28 delle quistioni di Papiniano.

518. Ma il deportato poteva fare una donazione per mezzo della stipulazione? Cujacio risolve così questa difficoltà: « *Ex stipulatione « deportatus obligari non potest, quia stipu« latio est juris civilis* » (7).

Ma bisogna ben badare, che Cujacio non possa qui intendere di parlare della stipulazione solenne, che si faceva con queste parole

non cittadino una cosa *mancipi*, ma non osservava la solennità della mancipazione. Secondo il dritto quiritario. la proprietà non era cambiata di mano, ma per l'effetto della tradizione i Giureconsulti decidevano contro il rigore logico dell' antico dritto, ch' essa era *in bonis*. Il perchè aveva due padroni, uno pel dritto civile l'altro pel dritto delle genti. (*Inst.* di Cajo, comm. 2, §§ 40 a 41; Ducaurroy, t. 1, et 458 e 459).

(1) *Fragm.*, tit. 19, § 4.

(2) Pothier, *Pand.*, t. 1, pag. 15, n. 19 e 21. Cajo, *Inst.*, 1, § 22.

(3) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 16, e. 26. Cajo, *Inst.*, comm. 1, § 22.

(4) Pothier, *Pand.*, t. III, p. 525, e. 15.

(5) Sulla l. 121, D., *De verb. oblig.*

(6) *Pand.* t. III, p. 52', n. 15.

(7) Sulla legge 121, D., *De verb. oblig.*

Digitized by Google

« *Dari spondes? Spondeo.* » Imperciocchè le stipulazioni concepite in altri termini non erano solenni ed appartenevano al dritto delle genti, sì che i peregrini potevano servirsene. Ciò ci vien detto da Cajo ne'suoi Instituti. « *Sed haec* « *quidem verborum obligatio:* DARI SPONDES? « SPONDEO *propria civium romanorum est:* « *caeterae vero juris gentium sunt: itaque* « *inter omnes homines, sive Romanos sive* « *peregrinos, valent* » (1). Senz'alcun dubbio di queste stipulazioni non solenni parla Ulpiano nella legge 1 § 6 D., *De verb. oblig.* ov'egli dice, che per farle si potevano adoprare parole greche, cartaginesi, o anche assirie. Non può evidentemente intendere parlare della stipulazione solenne, perchè tutti gli atti solenni dovevano essere fatti in lingua latina (2). In questo senso pure bisogna intendere la legge 8. § ult., D, *De accept.*, nella quale Ulpiano ci apprende che l'acceptilazione era di dritto delle genti. « *Hoc jure utimur, ut juris gentium* « *sit aceeptilatio.* » E senza dubbio era di dritto delle genti in tutt'i casi, ne'quali non si adopravano le parole solenni e sacramentali. Il passo degli Instituti di Cajo rischiara con la maggior evidenza questo punto di dritto un poco oscuro sin'oggi (3).

Il morto civile poteva dunque stipulare con tutte le formole di uso, eccettuata la formola sacramentale, che ci ha data Cajo. La donazione per questa via gli era interdetta, ma sotto ogni altro rapporto poteva egli donare per stipulazione, comechè la donazione scompagnata dalla formola solenne non usciva dalla classe dei contratti di dritto delle genti.

519. In quanto alla donazione delle cose *nec mancipi*, che si faceva per mezzo della tradizione, il morto civile non n'era incapace, perciocchè la tradizione era di diritto naturale o di dritto delle genti (4). Giustiniano dice espressamente nelle sue Instituzioni. *Per traditionem quoque, jure naturali, res nobis acquiruntur* (5). — *Traditio* dice Giano da Costa nel suo eccellente commentario sulle Instituzioni, *traditio est naturalis acquirendi modus* (6).

La donazione per semplice tradizione non usciva dunque dalla classe del dritto delle genti. Il che fa dire a Cujacio. « *Donatio quoque* « *inter vivos, si fiat per traditionem nexi, sive* « *mancipationem, civilis acquisitio est* (era la mancipazione, di cui abbiamo parlato qui sopra). *Sed si per traditionem possessionis* « *corporalem, naturalis, et hoc quidem se-* « *cundum jus vetum* » (7).

520. Riprendiamo ora il filo delle variazioni subite dalla legislazione sulle donazioni.

« Sotto Costantino, dice il signor Ducaurroy la donazione prende un carattere intieramente nuovo. Non è più un atto privato, « un'alienazione regolata dai principî ordinari. « La volontà delle parti dev'essere espressa, e « la tradizione deve farsi con molte solennità richieste per garentire l'autenticità e la pubblicità delle donazioni. Così la convenzione « doveva essere conosciuta da più persone e « redatta in iscritto; il donante dovea spogliarsi della cosa in presenza de'vicini e di molti « testimoni per certificare il fatto della tradizione: infine la donazione dovea essere insinuata sotto pena di nullità, vale a dire che « sia prima sia dopo della tradizione lo scritto, che costituiva la liberalità, dovea essere « reso pubblico ed inserito negli atti del magistrato competente ». V. *Const.* l. 1, 2, 5; *Const. et Const.* l. 6; *Onorio* e *Teodosio*, l. 8, § 1. C. Teod., *De Donat*) (8).

Sotto una simile legislazione non posso ammettere, che la donazione fosse permessa al deportato ed al morto civile. La donazione era allora un modo di acquistare per dritto civile: *genus acquisitionis civilis*, dice Giano da Costa (9), ed il solo dritto civile regolava la sua forma e le sue condizioni. Era scomparso tutto ciò, che in essa era rimasto nel demanio del dritto delle genti; e talune solennità erano imperiosamente richieste. Epperò come concepire, che un uomo segregato dalla vita civile potesse partecipare a queste solennità?

521. Ma la legislazione così varia sotto gl'Imperatori non si fissò a questo punto.

Sotto Giustiniano la donazione era ridivenuta un contratto di dritto delle genti, uguagliata in qualche modo alla vendita, perfetta col solo consenso, affrancata da ogni parola solenne, ed anche dalla necessità della tradizione: « *Perficiuntur*, dice Giustiniano, *quum* « *donator suam voluntatem scriptis aut sine* « *scriptis manifestaverit, ut, etiamsi res do-* « *natae non tradantur, habeant plenissimum* « *et perfectum robur* (10) »

Su che Cujacio si esprima in questi termini: « *Jure novo donatio.... est causa acquisitio-* « *nis, ex qua, si sequatur traditio, per eam* « *dominium acquiritur jure naturali* (11). »

(1) Cajo, *Instit.*, comm. 3, § 93.
(2) Giano da Costa, *Instit.*, *De verb. oblig.*, p. 328.
(3) V. le note di Pothier, *Pand.*, t. III, p. 379, nota C. Cujacio, sulla l. 5, D.; *De just. et jure*, e Golofredo sulla l. 8, § ult., D., *De acceptil* Eglino sono imbarazzati per conciliare le espressioni di Ulpiano con la leg. 77, D., *De reg. juris*, che dice, che l'acceptazione è un atto legittimo.
(4) Ulp., *Fragm.*, 1 XIX, § 7. Cajo, *Inst.*, comm 2, §§ 19 e 65.
(5) Instit., *De rer. divis.*, § 40.
(6) P. 132, cap. *De rer. divis.*, § 40, nota 58. Ducaurroy, t. I, p. 362, n. 455.
(7) *Osserv.*, X, 28.
(8) T. I, p. 393, n. 488.
(9) Sul § *At aliud*, della Instit., tit. *De donat.*
(10) V. il tit. delle Instit. *De donat.*, § 2, col comm. di Giano da Costa e le spiegazioni di Ducaurroy. L. 35, C., *De donat.*
(11) *Observ.*, lib. 10, cap. 28.

Digitized by Google

Si obbietterà forse, che Tribon non ha messo la donazione tra' modi di acquistare di dritto civile (1), ma si è criticata con ragione tale classificazione (2).

Da ciò siegue, che nell' ultimo stato della giurisprudenza la donazione non era interdetta al morto civilmente.

522. Veniamo a la giurisprudenza francese.

La più parte de' nostri autori consideravano i morti civili come incapaci di fare una donazione tra vivi. Tal'era la dottrina, che insegnavano Ricard (3), *Duplessis, Richer*, ed è anche l'opinione, che hanno adottato Grenier (4). Da Vatimesnil (5) Dalloz (6).

Il signor Merlin ha sostenuto una opinione contraria, e l'ha fatta prevalere nella Corte di Cassazione (7).

In dritto non crede, che quest'ultimo parere poss'avere la preferenza.

La donazione è sempre stata sottoposta in Francia a delle solennità speciali (8). Per esempio vi erano richieste a pena di nullità una tradizione o un' accettazione solenne. Ma soprattutto dopo l'Ordinanza del 1731 il dritto civile aveva circondato la donazione di formolità arbitrarie e moleste. Tutti questi ordinamenti, di cui lo scopo si ero di restringere la libertà delle donazioni, non classificavano la donazione tra vivi, almeno in quanto alla forma, ne'contratti di dritto civile?

Checchè ne dica il signor Merlin, un contratto è di dritto civile ogni volta, che il dritto civile interviene per aggiungere qualche cosa al dritto delle genti, o per toglierví qualche cosa. Ed in effetti il solo dritto civile ha stabilito le formalità, dalle quali in Francia la donazione è accompagnata, senzachè se ne può trovare l'origine nel dritto delle genti. Epperò un morto civile come potrebbe praticare delle forme solenni, che sono particolari ad una società, dalla qual'è segregato?

Come dice Cujacio, non si può chiamare obbligazione di dritto delle genti, se non quella che produce azione senza di una legge speciale e pel consentimento di tutt' i popoli, *quae producit actionem consensu omnium populorum*, come la vendita, la permuta ec., ma le obbligazioni, che sebbene istituite dal dritto delle genti, non possono ondimeno produrre effetto, che quando hanno improntato qualche cosa da una legge speciale (*effectum habuerunt certa lege*), queste obbligazioni io dico con Cujacio, sono di dritto civile « *Hae potius adscribuntur juri civili, quasi tum primum introductae sint, cum lege confirmatae sunt* (9). »

Ed in vero come si può concepire, che un uomo considerato come morto, venga a richiedere dal potere pubblico, che gli presti assistenza per fare un atto autentico? Affinchè codest'assistenza si estenda sino a lui, non bisogna forse, che faccia parte della società civile, e che vi sia contato per qualche cosa? Ma egli è morto civilmente. La legge civile, che invoca, gli uffiziali civili, cui si dirige, possono riconoscerlo?

Il signor Merlin oppone, che il religioso poteva, comunque morto civilmente, fare delle donazioni tra vivi, com' è stato giudicato da un arresto del parlamento di Parigi de' 14 di maggio 1587, e che lo stesso Ricard ne conviene (10).

Ma bisogna osservare, che questa giurisprudenza era contraria agli antichi statuti di tutti gli ordini, che decidevano, che un religioso, benchè avesse un beneficio, e per conseguenza un peculio, non potesse fare veruna donazione (11). Per verità tali statuti erano andati a cadere in desuetudine, ma era un rilasciamento, come Richer lo dice (12). E questo raddolcimento introdotto a favore delle persone ecclesiastiche, che hanno abbracciato lo vita religioso, potevo essere estesa a coloro, che sono in aperta inimicizia con la società, o che sono indegni di tanto favore?

Senza dubbio sono queste le ragioni, che hanno determinato il Codice Napoleone a mettere la donazione tra vivi tra gli atti, che sono interdetti al morto civilmente (13). Ma siccome queste ragioni nell'antica giurisprudenza non valevano meno di oggi, così è da conchiudersene, che il Codice Napoleone ben lungi dal voler fare una innovazione, erasi solo conformato all'opinione generalmente adottata.

523. Quel, che ho detto dell'incapacità del condannato di fare una donazione propriamente detta, deve applicarsi alla donazione a causa di nozze, che un ascendente condannato ad una pena afflittiva perpetuo facesse al suo discendente?

Si sa, che la costituzione di dote fatta da un ascendente è considerato meno come una donazione, che come la soddisfazione di un debito naturale (14). D'altronde il marito riceve la

(1) Instit., *De donat.*, Bisogna ravvicinare questo titolo al precedente ed al § 6 *De usucapione*.
(2) Einecoio, *Antiq.* lib. 2, t. VII, *De donat.*, n. 454.
(3) *Donat*, p. 53, part. 1, n. 230. Duplessis, *Donat.*, p. 552. Richer, *Morte civile*, p. 223.
(4) *Donat.*, Disc. stor. p. 19.
(5) Concl. alla Corte di Cassazione, D., 27, 1, 274.
(6) Giurisprudenza generale, v° *Disposizioni tra vivi*, p. 266.
(7) Repert., v° *Morte civile*, p. 403 e seguenti. Dalloz, *Coll. nuova*, t. V, p. 274.
(8) *Specialis ergo civilis*, dice Cujacio sulla l. 5, D., *De justit. et jure*.
(9) Cujacio sulla l. 5, D., *De justit. et jure*.
(10) Merlin, Repert., v *Morte civile*, p. 405. Ricard, *Donat.*, n. 340.
(11) Richer, *Morte civile*, p. 806. *Mem. del clero*, t. IV, p. 1395. Coquille, *quest.* 250.
(12) Richer, p. 806.
(13) Locré, I, p. 388.
(14) Il mio comm. del *Contratto di Matrimonio*, t. II, p. 1208, e t. IV, n° 3067 e 3012.

Digitized by Google

dote come un compratore per sostenere i pesi del matrimonio (1). D'onde siegue, che in questo caso la donazione è un contratto oneroso, che appartiene al dritto delle genti. « *Dos*, dice Cujacio, *utique juris gentium est, quia est velut compensatio onerum matrimonii* (2)

Si può aggiungere, che il contratto di matrimonio è favorevolissimo (3), dapoichè facilita le unioni, che sono la pipiniera dello Stato.

Partendo da queste idee la Corte di Cassazione ha deciso in un' epoca, in cui la morte civile sussisteva ancora: « che la donazione consentita da un padre a suo figlio nel maritar« lo, non essendo il pagamento di un debito « civile, ma di un'obbligazione naturale, e per « conseguenza essendo un atto appartenente al « dritto delle genti, dev'essere conservata, an« che quando il donante fosse morto civilmen« te (4). »

Per ben precisare il senso di questo arresto, bisogna rilevare, che in questa specie trattavasi di un emigrato donante. Epperò non ho bisogno di dire quante eque considerazioni si elevavano a favore di una tale causa; interesse per sventure politiche; interesse per la famiglia, che si era formata all'ombra della dote.

Aggiungo, che il contratto era stato stipulato in paese straniero, e che per conseguenza la giustizia francese non avea da inquietarsi della partecipazione del morto civile a delle solennità civili, non affidate alla sua custodia.

Nondimeno se fuori di circostanze così favorevoli un morto civile avesse fatto in Francia una donazione per contratto di matrimonio anche a suo figlio, avrei dei seri dubbi sulla validità di un tal atto. Concepisco difficilmente, che una donazione, che non può manifestarsi, che per delle forme civili e solenni, fosse permessa ad un morto civile; concepisco difficilmente, che un uomo segregato dalla società civile, possa profittare delle sue leggi, usare delle sue forme privilegiate, dettare la sua volontà sotto l'egida di garentie speciali.

Nè bisogna farsi illusione negli effetti rigorosi, che produceva la morte civile, giacchè aveva per risultamento di sciogliere agli occhi della legge i legami della famiglia. Non è già, che la legge condannasse le vicendevoli affezioni, che la natura fa sopravvivere alla condanna; non spingeva sin là il suo rigore, ma non voleva, che si servisse del suo ajuto per dare alla loro espressione un'autorità civile.

Tal è dunque la logica di questo punto di dritto, e se il cuore soffre a piegarvisi, quando si tratta d'infortunii politici, la ragione ha minor pena ad ammetterla, quando si tratta di quei grandi colpevoli, che fanno orrore al genere umano.

Benchè non si possono applicare al condannato perpetuo tutte queste considerazioni, rimangono delle ragioni assai gravi per doverglisi applicare la stessa soluzione; è stato colpito di una diminuzione (a), che durerà sino alla sua morte; la società lo tiene sotto il legame di una pena perpetua, e ciò è assai, perchè la legge abbia dovuto interdirgli il dritto di donare, il che essa ha fatto con l'art. 3 della legge de'31 di maggio 1854, che non distingue tra le donazioni fatte per contratto di matrimonio a de' figli, e quelle fatte per atto autentico a de'stranieri (b).

524. Relativamente all'incapacità del condannato ad una pena afflittiva perpetua per testare, è la stessa del morto civile; nè è più dubbio in dritto romano, che in dritto francese (5) (c) Checchè ne dica Ricard, non è vero, che il presidente Fabro abbia voluto elevare dei dubbi su tale subietto (6), dapoichè questo Giu-

(1) *Luog. cit.*

(2) Recit. solenn. sul tit. *De just. et jure.*

(3) Il mio comm. del *Contratto di Matrimonio*, t. I, n. 47.

(4) Arresto de' 14 di giugno 1827 sulle concl. conf. del Sig. di Vatimesnil, D., 27, 1, 275.

(a) Il testo dice *diminution*, e l'ho tradotto letteralmente. — *Il traduttore.*

(b) Abbiamo già detto nella nota alla pag. 181 che presso di noi la sola pena perpetua è l'ergastolo, ed abbiamo esposto le conseguenze, che produce relativamente alla capacità civile di chi la incorre

Il traduttore.

(5) L. 6, § 6. D., *De injusto et rupto test.* L. 8, § 1, D., *Qui test. facere poss.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 172, n. 7 e 193, n. 14.

(c) Nell'antico nostro dritto osservavansi le disposizioni del dritto romano circa la capacità di testare. « *Quinam testari possit, quinam non possit, jure ro-« mano definitum est, quod jus in universo nostro re-« gno servatur, quum nihil de eo re jure nostro condum* « *reperiatur.* » (Maffei, *Instit. juris civilis neapolitanorum*, lib. 4. cap. 2, § 1). Eravi un'eccezione pei figli di famiglia, di cui parleremo in prosieguo. Per le che erano applicabili presso di noi relativamente alla morte civile le disposizioni del dritto romano, per lo quale la condanna ad una pena capitale, all'interdizione dell'acqua e del fuoco, ed alla deportazione, facendo incorrere nella media mutazione di stato, *media capitis diminutio*, toglievano con la libertà e la cittadinanza romana la facoltà di disporre o di ricevere per testamento. Divenivano pure servi della pena coloro, che erano condannati *in metallum*, e per conseguenza perdevano la capacità attiva o passiva del testamento.

« Qui ultimo supplicio damnantur, statim et libertatem « perdunt. Itaque preoccupat hic casus mortem (L. « 29, D., *De poen.*). Is, qui ob aliquod maleficium in « insulam deportatur, civitatem amittit. Ex numero ci« vium Romanorum tollitur. (*Inst. quib. mod. jus.* « *pat. pot. solv.* § 1). Servi poenae efficiuntur qui in « metallum damnantur, et qui bestiis subjiciuntur (§ 3 « *eod.*). Sunt quidam servi poenae, ut sunt in metallum « dati et in opus metalli, et si quid eis testamento da« tum fuerit, pro non scripto est, quasi non Caesaris « servo datum sed poenae. (L. 17, D., *De poen.* L. 1, « C., *De haered. instit.*). »

Tali disposizioni valevano nel nostro dritto municipale. — *Il traduttore.*

(6) *De errorib. pragmat.*, dec. 73, *error.* 2 e 3.

reconsulto era troppo versato nella conoscenza approfondita del dritto per negare una così evidente incapacità (1).

525. Deve forse porsi sull' istessa linea del condannato ad una pena perpetua afflittiva il condannato ad una pena afflittiva o infamante temporanea, il quale, come si sa, è per la durata della sua pena in istato d'interdizione legale (2), ed è provveduto di un tutore e di un surrogato tutore come gl'interdetti?

Non ne farei alcun dubbio, se delle gravi autorità non si elevassero in favore della capacità di quest'interdetto (3). L'art. 29 del Codice penale, mettendo il condannato in istato d'interdizione legale, gli ha per ciò solo interdetto l'esercizio de'dritti civili. Dice implicitamente quello, ch'espressamente diceva l'art. 2 tit. 4 del Codice penale del 1791, che vietava al condannato di esercitare i dritti civili nel tempo stesso, che lo dichiarava interdetto. Il condannato non può vendere (4), la sua persona civile sparisce dinanzi al tutore, ch'è incaricato di agire per lui in tutti gli atti di disposizione e di amministrazione; sarebbe quindi ben straordinario, che gli appartenesse il dritto di testare (5).

Nondimeno la giurisprudenza inclina pel dritto di testare, nè vede un sufficiente divieto nell' art. 29 del Codice penale, ed argomenta dall' articolo 902 del Codice Napoleone; cede a delle ragioni di umanità, ed esita a rifiutare ad un infelice la consolazione di fare delle restituzioni di coscienza, o di dare dei ricordi alla sua famiglia (a).

526. Vi sono dei tempi, in cui la ruvidezza dei costumi e l' egoismo delle nazioni non fanno differenza tra il morto civile e lo straniero.

La civilizzazione tende a cancellare queste differenze contrarie alla natura. È giusto, che gl' interessi dei popoli si uniscano e si uguaglino; il commercio, che è il loro maggiore legame, non potrebbe vivere, che per la reciprocanza dei dritti civili e della protezione tra i cittadini ed i forestieri. Se v' ha della prudenza nel non comunicare facilmente agli stranieri dei dritti politici, di cui possono molto sovente abusare, è di una buona economia razionale di aprire loro i rapporti civili nel modo più generoso e più largo.

In Roma gli stranieri (*peregrini*) non avevano il dritto di testare (6), ma era questo un privilegio riserbato al cittadino romano, che o' era estremamente geloso. In quanto alla donazione tra vivi, si può vedere dai dettagli, che qui sopra abbiamo dato (7), in qual caso questo atto poteva farsi dallo straniero ed in qual caso gli era interdetto.

In Francia la qualità di straniero non impediva di donare tra vivi, ma impediva di testare (8), dapoichè vi si opponeva il dritto di albinaggio (b).

Nondimeno in talune Provincie, come la Linguadoca e Bordò, era stato accordato agli stranieri che vivessero cristianamente (9). Era

(1) V. Doneao, VI, *comm.* 5, n: 3, 4, 6. Eineccio, *Instit.*, t. II, p. 208, in nota.

(2) Art. 29, Cod. penale.

(3) Rouen, 28 dicembre 1822 (Devill., 7, 2, 144). Nimes, 16 giugno 1835 (Devill., 35, 2, 485). Colmar, 1° aprile 1846 (Devill., 46, 2, 625) Merlin, Quest. di dritto v° *Testamento*, § 3 bis. Helie, *Teor. del C. p.*, t. I, p. 170.

(4) Cassaz., 25 giugno 1815 (Devill., 8, 1, 26). Nancy, 5 giugno 1828 (Devill., 9, 2, 92).

(5) Aggiungi Duranton, 8, 181. Duvergier, *Vendita*, t. I, p. 211, nota 1. Coin-Delisle, art. 912, n. 5.

(a) Secondo la nostra legislazione questa quistione pare, che debba essere con maggiore ragione risoluta a favore del condannato. La legge accorda a tutti la facoltà di disporre o di ricevere per donazione tra vivi o per testamento, eccettuate quelle persone, che sono dalla legge dichiarate incapaci. Or l'art. 16 delle Leggi penali dichiara incapace di tal facoltà il condannato all' ergastolo, mentre l'art. 17 che corrisponde all'art. 29 del Codice penale francese, pronunzia solo l' interdizione patrimoniale, durante la pena. Non v' ha dunque assimiliazione fra' due casi; nel primo vi è l' incapacità dichiarata di disporre e di ricevere per donazione tra vivi e per testamento; nel secondo vi è solo l' incapacità di amministrare. Nè da questa può argomentarsi all' incapacità, di cui discorriamo, dapoichè la legge non ha detto, che chi è incapace di amministrare è incapace ancora di disporre o di ricevere per donazione tra vivi e per testamento, tranne quando l' incapacità di amministrare non dipendesse da difetto d' intelligenza, nel qual caso l' incapacità di disporre per donazione tra vivi o per testamento procederebbe, non dall' incapacità di amministrare, ma dall' istessa causa, da cui quest' incapacità di amministrare procede. L'interdizione patrimoniale durante la pena è una pena accessoria della condanna a' ferri ed alla reclusione, sì che non può essere estesa oltre il senso letterale delle parole, da cui viene espresssa. L' interdizione patrimoniale resta infatti nel condannato il dominio dei suoi beni ed il godimento de' dritti civili, o la facoltà di disporre e di ricevere per donazione tra vivi e per testamento dipende unicamente da queste due condizioni, ove non si sia in uno de' casi di eccezione espressamente indicati dalla legge. Questa eccezione è scritta pel condannato all'ergastolo e non per quello ai ferri e alla reclusione, e conseguentemente queste rimane nella regola generale.

Il traduttore.

(6) Ulp., *Fragm.*, l. XX, § 14. L. 1, D., *Ad leg. falcid.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 172, n. 5, e p. 499, n. 2. Savigny, *Tratt. del dritto rom.* t. II, p. 47. Furgole, t. I, cap. 4. sez. 2, n. 50. Ricard, *Donazioni*, t. I, n. 202 e seguenti.

(7) N: 517 e seguenti.

(8) Ricard e Furgole, *luog. cit.* Bacquet, *Dritto di Albinaggio*, cap. 3, 17, 18. Ferriere su *Parigi* art. 292.

(b) Nel nostro antico dritto municipale non vi era distinzione tra nazionale e forestiero relativamente al dritto di succedere *ab intestato* o *ex testamento*, comechè si faceva valere la virtù legale del territorio del Regno, dentro del quale tutti erano cittadini. Però se un forestiero succeduto ad un nazionale voleva estrarre dal regno le cose preziose e il prezzo de' beni ereditari alienati aveva bisogno del permesso del Governo. (*Aloj al Domat, part.* 2ª *lib.* 1° *tit.* 1° *sez.* 2ª n. XXXI, num. 6).

Il traduttore.

(9) Furgole, *luog. cit.*, n. 53 Maynard, IV, 57, 8,

conosciuto altresì il dritto di testare negli stranieri, che appartenevano a qualcuna di quelle contrade, sulle quali la Francia ha avuto sempre delle pretensioni. Tali erano gli abitanti di Milano, di Borgogna, di Fiandra, di Artois, di Avignone, di Lorena, i Savojardi, ecc.(1). Questo fatto è curioso, perchè mostra l' unione del dritto civile con le idee politiche dominanti nel nostro paese.

L' articolo 11 del Codice Napoleone aveva stabilito un sistema nuovo, fondato sulla ragione; stabiliva un dritto di reciprocanza di nazione a nazione, ma la legge dei 14 di luglio 1819 è andata più oltre, e porta nel suo articolo 1.

« Gli articoli 726 e 912 del Codice civile « sono abrogati; in conseguenza gli stranieri « avranno il dritto di succedere, di disporre, e « di ricevere, del pari dei francesi nel territo- « rio del regno » (a).

527. Ma in qual forma deve essere fatto il testamento di uno straniero, che vuole testare in Francia? Lo straniero deve conformarsi alla legge francese, che lo protegge. « *Locus regit* « *actum*(2). » Codesto adagio è ora l'espressione di una verità costante. Dumoulin ha benissimo detto: « *Quotics consuetudo disposuit de so-* « *lemnitate vel forma actus, ligari etiam exteros* (3). » Senza di questo impronto fatto allo straniero dalle forme del paese, in cui risiede, il commercio diverrebbe impossibile, e colui, che fosse fuori del suo paese non potrebbe disporre (4). Del resto ritorneremo su questa quistione e su quelle, che vi si legano, con più sviluppo nel commentario sull' articolo 999 (5).

528. Dopo di avere parlato degli stranieri, dobbiamo dire qualche parola di coloro, che si rendono stranieri nel mondo con l'entrare in una religione.

Sino al quarto secolo i monaci ebbero la facoltà di testare. Ma l' Imperatore Giustinno modificò questa capacità per la ragione, che i monaci nel dare al monistero le loro persone, gli trasmettevano tutti i beni, dei quali non avevano disposto tra vivi (6). Si vede da ciò, che se i monaci non avevano la facoltà di testare, non era, perchè erano considerati come incapaci e privi dei dritti di cittadinanza, ma perchè avevano un semplice difetto di potere, non avendo alcun bene del quale potessero fare una testamentaria disposizione (7). E difatti erano così poco morti civilmente per lo dritto romano, che potevano succedere (8). Questi principî erano stati adottati dal dritto canonico, (9) e si praticavano costantemente in Italia (10).

Però in Francia queste massime non eran seguite. Ed era di dritto pubblico, che i monaci fossero morti civilmente; il perchè non potevano fare alcuno degli atti della vita civile, nè succedere, nè testare; e ciò per un vizio radicale d'incapacità; il che era stato saggiamente introdotto, affinchè i monasteri, che profittavano del patrimonio de' monaci, non divenissero troppo potenti pe'beni, che costoro potevano raccogliere a titolo di successione o per testamento(11). Questa incapacità era talmente di dritto pubblico, che il Papa non potea riabilitarne i religiosi francesi (12), e l'incapacità abbracciava non solamente i semplici monaci, ma ancora gli abbati e le abbadesse regolari (13).

Del resto i preti non sono mai stati considerati come incapaci, nè veruno de'membri delle corporazioni, che non facevano voti (14).

529. L'abolizione degli ordini monastici pronunziata dalla legge de' 15 di febbraro 1790 ha renduto alla vita civile tutti coloro, che a quest'epoca avevano formato de'voti. I religiosi, che il loro amore per la loro professione, tiene ancora legati al loro abito ed al loro convento, sono riabilitati da questa incapacità.

Non vi è neppure incapacità legale pronunziata contro gli ecclesiastici, appartenenti alle congregazioni religiose, che dopo il con-

(1) Forgole, id.

(a) L' art. 647 delle nostre Leggi civili dispone.

« Uno straniero è ammesso a succedere ne' beni, che « lo straniero o nazionale possedeva nel territorio del « regno in conformità dell' art. 9 n. 2 ».

Il n. 2 dell' art 9 accorda il godimento de' dritti civili agli stranieri ammessi dal Governo a stabilire il loro domicilio nel regno per tutto quel tempo, che continueranno a risedervi.

Costoro quindi sono anche capaci di succedere.

Però il n. 1 dello stesso art. accorda l' esercizio dei dritti civili agli stranieri per que' dritti, che la nazione a cui essi appartengono, accorda a' Nazionali; da che procede, che succedono in Napoli tutti que' forestieri, presso de' quali succede il napoletano. Succedono inoltre i Nazionali di quegli Stati, verso de' quali si trova abolito il dritto di albinaggio. Questi Stati sono quasi tutti gli Stati di Europa, Algieri, Tripoli, Tunisi, Marrocco, e gli Stati uniti di America. E con un decreto de' 12 di agosto 1818 fu dichiarato « che il dritto di « albinaggio non sarà esercitato nel Regno delle due « Sicilie relativamente a' sudditi di quelle Potenze, le « quali da parte loro non l'eserciteranno pe' sudditi dei « reali dominii. *Il traduttore.*

(2) Arg. dall' ord. del 1735, art. 52, e 57. Art. 999, Cod. Nap.

(3) *Consult.*, 43. V. Gilbert de Voisins, avvocato generale, la cui aringa è riportata da Merlin, v° *Testamento*, t. XVII, p. 751.

(4) Loiseau, *Offic.*, lib. 1, cap. 6, n. 104.

(5) *Infra* a. 1736.

(6) Doneau, *comm.*, l. 6, cap. 1, n. 6. V. Novella 5, § *Illud quoque*. Authent., *Ingressi*, C., *De sacros. eccles.*

(7) Furgole, IV, 2, 72 e seguenti.

(8) Nov. 123, cap. 41.

(9) Decr. 7. *causa* 19, *quaest.* 3.

(10) Merlin, Repert., v° *Renonc. a succ.*, p. 352, e v° *Successioni*, p. 221.

(11) Furgole, *luog. cit.* Ord. di Blois, art. 18. Ord. del 1735, art. 21.

(12) Furgole, *luog. cit.*

(13) Furgole, *luog. cit.*, n. 91.

(14) Furgole, *luog. cit.*

cordato si sono ristabilite da sè stesse (1) sotto il favore della libertà civile, si fortemente im pressa ne' nostri costumi (2). I Gesuiti sono ricomparsi, e se ne comprende a meraviglio il perchè: milizia del cattolicismo per combattere il protestantismo e l'incredulità, sono venuti in soccorso del principio, che hanno la missione di difendere. Altri, e per esempio i Domenicani, hanno tentato di rinascere dalle loro ceneri con minor vantaggio del cattolicismo. Dapoichè l' ordine de' Gesuiti emana da una idea, che ha per conseguenza l' assorbimento di tutt'i grandi ordini religiosi, mancati in quest'ultima creazione del cattolicismo. In presenza de'Gesuiti, che sono alla volta predicatori, institutori, missionari, religiosi di abito corto e di abito lungo, che sono destinati a bastare a tutt'i bisogni del cattolicismo, alla sua difesa come alla sua propagazione, si dimanda se non è un' idea falsa quella di far sorgere accanto a loro delle corporazioni, che non possono fare, che un doppio uffizio. Checchè ne sia, non vi è più incapacità civile, che si possa opporre a questi religiosi, i quali possono testare malgrado il dritto di altri tempi. Perocchè la legge francese non gli organizzo, nè li riconosce neppure (3). Siccome non dimandano allo stato di dar loro le condizioni di un esisteoza giuridica, lo Stato non potrebbe dar delle regole sulla loro esistenza, la quale non ha forza, che nel foro interno ed agli occhi della religione.

Non dobbiamo obbliare di dire, che i fratelli della dottrina cristiana, questi uomini venerabili, che sono i veri institutori de'poveri ed i migliori maestri dell' insegnamento primario, sono stati autorizzati dall'art. 109 del decreto del 17 marzo 1808, che instituisce l'Università. L'ordinanza de'29 di febbraro 1816 ha propagata questa instituzione nell'interesse dell'educazione popolare(4) e spande i frutti più felici ne' luoghi, ove l' associazione ha de' maestri. Non esiste alcuna legge, che comprime la capacità civile de'fratelli della dottrina cristiana, considerati *ut singuli*. Noi vedremo più basso sull'art. 910 qual è la capacità della loro associazione come corpo morale.

530. Le congregazioni di donne sono state ammesse in principio per le opere caritatevoli co' decreti del 3 messidoro anno XII e 18 febbraio 1809 (5), e felicemente sono divenute assai numerose. A poco a poco delle congregazioni di donne si sono introdotte per altre cause, e nel 1825 s'intese la necessità di regolarizzare la loro situazione (6); la legge del 24 maggio 1825 rimise al Re il dritto di regolarizzare per mezzo di ordinanze di autorizzazione l' esistenza delle congregazioni religiose di donne, formate liberamente prima del 1 di gennaro 1825 (art. 2). In quanto alle congregazioni di donne da stabilirsi per l'avvenire, la stessa legge decide, che non possono essere autorizzate, che da una legge, visti gli statuti approvati dal Vescovo, e verificati dal Consiglio di Stato (7)

A questa legge si è aggiunto il decreto del 3 di gennaro 1852, che completa la legislazione su questa materia (8); ed eccone il testo.

Art. 1.° Le congregazioni e comunità religiose di donne potranno essere autorizzate da un decreto del Presidente della Repubblica;

1.° Quando dichiareranno di adottare, qualunque sia l'epoca della loro fondazione, dei statuti già verificati e registrati nel Consiglio di stato, ed approvati per altre comunità religiose.

2.° Allorchè sarà attestato dal Vescovo diocesano, che le congregazioni, che presenteranno de'nuovi statuti al Consiglio di Stato, esistevano anteriormente al 1 di gennaro 1825.

3.° Allorchè vi sarà necessità di riunire più comunità, che non potrebbero più sussistere separatamente.

4.° Allorchè un'associazione religiosa di donne, dopo di essere stata da principio riconosciuta come una comunità regolata da una superiore locale, giustificherà, ch'era realmente diretta nell'epoca della sua autorizzazione da una superiore generale, e che aveva formato in quest'epoca degli stabilimenti sotto la sua dipendenza.

Art. 2.° Le modificazioni degli statuti verificati e registrati nel Consiglio di Stato potranno essere egualmente approvati da un Decreto.

Art. 3.° Nel caso preveduto dagli articoli precedenti l'autorizzazione non sarà accordata alle congregazioni religiose di donne, se non dopo che il consenso del Vescovo diocesano sarà stato presentato, e che le formalità prescritte dagli articoli 2, e 3, della legge de' 24 di maggio 1825 saranno state adempite.

Queste congregazioni religiose sono per la più parte de'veri conventi, ma le religiose non sono colpite da morte civile come nel nostro antico dritto francese. Per l'art. 5 della legge

(1) Cassazione, 17 novembre 1818 (Devill., 5, 1, 548, ed altri, che riporta quest' arresto in nota).

(2) La società di Picpus, e la congregazione delle Missioni straniere sono state autorizzate. Laferriere, *Corso di dritto pubblico ed amministrativo*, t. 1, pag. 321. V. la Costituzione del 1848.

(3) Il guarda-suggelli, 24 giugno 1843, *Monitore* del 15.

(4) Laferriere, *Corso di dritto pubblico ed amministrativo*, t. 1, p. 328.

(5) *Infra* sull' art. 910.

(6) Il *Monitore* del 6 di aprile 1827 ha verificato, che al 1° gennaio 1825 vi erano 2800 stabilimenti di religiose, 20 consagrate alla vita contemplativa, il resto allo opere di carità.

(7) *Infra* n. 565.

(8) V. Il *Monitore* del 3 di febbraro 1852.

Digitized by Google

de' 24 di maggio 1825 esse non possono disporre a favore dello stabilimento, di cui fan parte, o a favore di uno de'suoi membri, che del quarto de'loro beni, a meno che la donazione o il legato non ecceda i 10mila franchi. Che se il donatario o il legatario fosse erede in linea diretta della donante o della testatrice, questa non sarebbe circoscritta nella disposizione del quarto, ma potrebbe usare del dritto comune, che per principio le appartiene (1) (a).

531. Nel dritto romano il figlio di famiglia era incapace di testare, e bisognava essere padre di famiglia per fare un testamento (2). Tal'era il dritto pubblico di Roma, oltrechè il figlio di famiglia non aveva in origine alcuna proprietà, ed acquistava per suo padre (3), sì che era naturale, che non potesse testare (4). Però notate bene, che la vera ragione della sua incapacità non era la mancanza dei beni, dapoichè colui, che non ha nulla, può fare un testamento, ma questa incapacità aveva il suo fondamento nella sua stessa persona, ch'era dipendente da altri.

In seguito il progresso delle idee fece accordare al figlio di famiglia il permesso di testare del suo peculio castrense e quasi castrense (5), o di donarlo tra vivi o a causa di morte (6). Si considerò, che colui, che co'suoi travagli militari o civili col suo coraggio o con la sua industria acquistava de'beni, li doveva al più sacro di tutt'i titoli, che n'era padrona *optimo jure*, e ch'era ragionevole di permettergli di disporre di questo acquisto, ch'era la sua opera personale.

Ma relativamente a tutti gli altri beni l'incapacità restava anche relativamente a'beni avventizi (7), poichè questi beni non erano marcati dal suggello della conquista personale. Si era unicamente preoccupato, della qualità della persona, che non era *sui juris* e non della qualità de'beni (8).

Questi principî erano seguiti ne'paesi di dritto scritto (9), ed erano rifiutati con ragione ne' paesi di consuetudine, ove si era saputo affrancarsi delle singolarità del dritto romano (10) (b).

(1) *Infra* sull' art. 910.

(a) Seguivasi presso di noi nell' antico dritto patrio il dritto romano circa l' incapacità di testare de' religiosi professi.

Ritenevansi incapaci di testare anche i Vescovi per que' beni, che acquistavano dopo la loro promozione al Vescovado, di modochè nel Concilio romano tenuto nel 1726 essendo stata conceduta a' Vescovi la facoltà di testare, non venne essa riconosciuta nel nostro regno. Onde a norma della Bolla di Benedetto XIV fu con real carta de' 6 di gennaio 1770 ristabilita la Polizia dello spoglio de' Vescovi, del quale prima disponeva il Sovrano secondo il dettaglio del Vescovo successore, e poi venne addetto al Monte frumentario.

Pubblicata la nuova legislazione, i Vescovi rientrarono per l' additata loro incapacità nel dritto comune, ennachè nessuna eccezione venne fatta relativamente ad essi.

In quanto a' Religiosi professi essendo presso di noi legalmente riconosciuti gli Ordini, a' quali appartengono, rimane tuttavia in vigore l' incapacità, che deriva dalla loro professione.

Agitata poi e largamente discussa è stata la quistione, se al Monaco secolarizzato ritorni la facoltà di testare, o la giurisprudenza non è ancora fermata su di tal punto, nè tra' confini di una nota può racchiudersene la discussione. Ci limiteremo quindi ad osservare, che per la soluzione di questa quistione debba aversi riguardo al Breve Pontificio, dapoichè se esso, come ordinariamente avviene, esonera il Religioso dallo solo osservanza de' voti, rimanendone intatta l' essenza, se lo abilita soltanto a vivere nella vita sociale, rispettando i doveri della sua professione compatibili con essa, non pare, che possa dirsi cancellata dalla secolarizzazione l' incapacità di disporre e di ricevere per testamento, perchè un Religioso può ben vivere nel secolo senza derogare al voto di povertà più di quanto richiede la necessità di provvedere alla propria esistenza. In somma un Monaco secolarizzato rientra nella società non già come n'è uscito, ma porta con sè la conseguenza dell' atto solenne, che ne lo segregava, modificato soltanto in quanto l' esige la vita secolare.

Il traduttore.

(2) Doneau, VI, 5, 8.

(3) Cajo, 2° comm. § 87. Giustiniano, Instit., *Per quas personas*, § 1.

(4) Cajo, l. 6, D., *Qui test. facere possunt* Giustiniano, Instit., *Quibus non est permissum facere test.*

(5) L. 2, D, *de S. C. Maced.* L. 1, § *Nec castrense*, D., *De collat. bonor.* Instit, *luog. cit.* L. ult., C., *De inoff. test.* L. 7, § 6, D., *De donat.*

(6) L. 7, § 6, D., *De donat.*

(7) Furgole, IV, 2, 25. Doneau, 6, 5, 8.

(8) L. penult., ed ult., C., *Qui test. facere possunt.*

(9) Furgole, X, 2, 46.

(10) Id., 47.

(b) Con la consuetudine *Filiusfamilia* nel titolo *de Filiisfamilia volent, test.* si permetteva a' figli ed alle figlie, che stavano sotto la patria potestà del padre, di disporre per testamento de' beni pervenuti loro dalla madre o da altri congiunti materni, lasciando non però la legittima al padre ed agli altri ascendenti, che vi avessero dritto. « *Filiusfamilias et filiasfamilias possunt de bonis adventiis, tantum sibi a matre praemortua vel aliis ex linea materna obvenientibus, testari, ac si pater vel materfamilias essent. Ita quod non teneatur aliquid patri vel avo paterno vel alio, qui sit in linea adscendente paterna relinquere, si nolit, salvo debito bonorum subsidia* (cioè la riserva). *In aliis bonis adventiis et undecumque sibi obvenientibus, jura comunia observantur.* » Rimaneva dunque fermo il divieto del dritto romano per gli altri beni avventizi, ed era questa disposizione come una transazione tra il dritto Romano, che negava a' figli di famiglia la facoltà di testare, tranne pe' beni castrensi e quasi castrensi, ed il dritto longobardo o normanno, che loro permetteva di disporre di ogni specie di beni.

Sotto nome di figli venivano pure compresi i nipoti o gli altri discendenti, ed anche i figli emancipati giusta l'opinione di Napodano su questa consuetudine (n. 5), salva sempre la legittima dovuto agli ascendenti.

Non era il figlio obbligato a questa riserva, quando giusta i patti nuziali il matrimonio si dichiarava contrarre alla *nuova maniera*, imperciocchè in questo caso il padre veniva escluso per effetto del proprio patto da tutt' i beni, che procedevano dal lato materno, eccettone quando il figlio espressamente lo avesse istituito erede per testamento.

Che se poi il matrimonio si contraeva alla *vecchia maniera*, si disputava, se detratta la riserva a favore del padre, i figli di famiglia potessero poi del resto disporre a favore degli estranei, escludendo i più prossi-

Digitized by Google

Il Codice Napoleone non se n'è allontanato di meno, e quando il figlio di famiglia è giunto all'età richiesta, gli appartiene la libero disposizione de'suoi beni.

532. Ciò ci menerebbe a parlare dell'incapacità de'minori (1), se l'art. 903, che si occupa specialmente di questa classe di persone, non ci obbligasse a rimettere ciò, che le concerne, al commentario di questo articolo.

533. Relativamente alla donna maritata (2), ce ne occuperemo nel commentario dell'articolo 905.

534. Parliamo del prodigo. Altre volte il prodigo, al quale era stata tolta l'amministrazione de'suoi beni, non era capace di testare, *ob defectum consilii* (3). Per la legge delle Dodici Tavole era assimilato al furioso (4), perocchè la condotta del prodigo, che senza ragione dissipa i suoi beni, non è da temersi meno del disordine di mente di colui ch'è alienato. Non poteva neppure donare tra vivi (5), e passava sotto la di ezione d'un curatore (6).

Bisognava però, che l'interdizione de' suoi beni fosse regolarmente pronunziata (7), dapoichè il suo impedimento essendo più tosto civile, che naturale, tirava tutta la sua virtù dall'atto pubblico, che lo colpiva (8); nel che il suo stato differiva da quello del furioso, la cui incapacità puramente naturale, non aveva bisogno di essere dichiarata. Per lo che il testamento del furioso era nullo, purchè costasse di essere furioso, comunque non fosse stato dichiarato tale. Invece il testamento del prodigo non era nullo, che in quanto l'interdizione de'suoi beni fosse stata pronunziata.

Oggi secondo l'art. 902 del Codice Napoleone, combinato con l'art. 513, il prodigo è riabilitato da questa incapacità, e può disporre per testamento (9), ma non può donare tra vivi giusta quest'ultimo articolo, che gli vieta d'alienare, a meno che non lo faccia con l'assistenza del suo consolente giudiziario (10).

Il Codice Napoleone meno severo relativamente al prodigo dell'antico dritto, non ha voluto, che il prodigo fosse interdetto, e si è limitato a sottoporlo ad un consulente giudiziario. La Costituzione dell'anno III. era stata più larga pe'prodighi, che aveva affrancati da ogni specie d'intoppi, l'asciandoli padroni di dar corso a' loro gusti dissipati. Ma una buona legge non potrebb' essere indifferente sino a questo punto, dapoichè deve una protezione alle famiglie; ne deve una allo Stato. Catilina cominciò dalla prodigalità e finì con l'incendio di Roma.

535. Sinora abbiamo insistito particolarmente sulle infermità morali, che mettono ostacolo al dritto di donare e di testare. Ma non vi sono forse de'vizi corporali, da cui risulta lo stesso impedimento?

Dapprimo mettiamo da parte la vecchiezza, che sovente è la età della più alta prudenza, anche quando il corpo è curvato sotto il peso delle infermità. La vecchiezza non è per questo una causa d'incapacità (11); nè può essere considerata come tale, che quando vi si aggiunge un indebolimento delle facoltà intellettuali.

536. Colui, ch'è colpito da una malattia mortale (12), non è meno capace di donare e di testare, quand'anche fosse agli estremi. « *Balbutiens et semineceis linguae* » come dice l'Imperadore Costantino nella legge 15, C., *De test. ordin.*

Se nondimeno la malattia gli togliesse la conoscenza ed il discernimento, se per esempio in un accesso di febbre calda o di trasporto delirante scrivesse un testamento, questa possessione di demenza torrebbe ogni valore ad una disposizione, che non avrebbe le sue radici nella ragione.

mi congiunti. Per risolvere tale quistione si distingueva, se i congiunti sopravviventi fossero di quelli, che giusta l'Autentica *Defuncta* sarebbero succeduti *ab intestato* al figlio di famiglia insieme col padre, come i fratelli germani e gli uterini, oppure fossero congiunti in grado più lontano. Nel primo caso detratto il terzo de' beni, ch'era la riserva a favore del padre, da' rimanenti due terzi, non doveva essere dato a' detti fratelli germani od uterini, l'altro poteva essere dato agli estranei istituiti eredi nel testamento. Nel secondo caso gl'interi due terzi potevano essere dati all'erede testamentario. (V il Presidente de Franchis, *Decisione* 91 o 92 Carlo de Rosa sulla citata *Consuetudine* n. 11 e seguenti).

Però lo stesso Presidente de Franchis ci avverte, che neppure al figlio nato da matrimonio contratto alla *nuova maniera* spettava illimitata la facoltà di disporre dei beni materni, ma dovea lasciarne la metà a' congiunti chiamati alla successione dalla consuetudini secondo la prossimità del grado. Questa chiamavasi la metà dei beni antichi (Decisione 537).

Da ultimo avvertiremo, che la Consuetudine *Filius-familias* disponeva pel Distretto di Napoli, e regolava i beni, che vi erano siti. Perlochè se il figlio di famiglia dimorava fuori del Distretto di Napoli, ma i beni vi erano dentro, era applicabile la consuetudine, e per l'opposto dovevano seguirsi le disposizioni del dritto comone, quando il figlio viveva nel Distretto di Napoli, ma n'eran fuori i beni (V. de Franchis *Decis.* 552 n. 13 a 516).

Il traduttore.

(1) Sopra n. 443.
(2) Sopra n. 443.
(3) Ulpiano, 20, fragm. 13. Ulpiano, l. 18, D., *Qui test. facere poss.* Ulpiano, l. 8, D., *De his qui sui.* Instit., *Quib. non est permiss. facere*, § 2.
(4) Ulpiano, l. 1, D., *De curator. furios.* Pomponio, l. 40, D., *De regulis juris.* Donnau, 6, 3, 10. Furgole, IV, 2, 211.
(5) Arg. dalla l. 23, D., *De donat.* Ulpiano, l. 10, D., *De curat. furios.*
(6) Sopra n. 468.
(7) Instit., *luog. cit.*
(8) D'Aguesseau, 37ª Aringa. Furgole, *luog. cit.*, n. 213.
(9) Leone, 27 agosto 1825 (Dalloz, 26, 1, 35)
(10) Merlin, Repert., vº *Prodigo*, § 7. Toullier, t. 2, n. 1378.
(11) Const., l. 3, C., *Qui test facere.*
(12) Const., l. 3, C., *Qui test facere possint.* « *Aegritudinem corporis.* » Hilliger *su Doneau*, VI, 5, nota 12 Pothier, *Pand.*, t. 11, p. 173, n. 17.

Digitized by Google

537. Secondo l'Imperatore Giustiniano il sordo muto di nascita non poteva testare, nè fare una disposizione a causa di morte (1): n'era soltanto eccettuato il Soldato, cui era permesso di testare per mezzo di segni (2).

Ma dopochè un'arte benefica ha tratto i sordi-muti dal loro tristo stato, è chiaro, che il sordo-muto può testare in forma olografa, se sa scrivere (3) E se non può testare per atto innanzi Notajo, è perchè il testamento per atto pubblico dev'essere *dettato*, e che la sua infermità non gli permette di adempiere a questa condizione. Del resto ritorneremo su questo punto nel nostro commentario dall'art 979 (4).

538. Potrebb'egli fare una donazione tra vivi? È evidente, che quando sa scrivere, può comunicare le sue idee al notajo per mezzo della scrittura, ed allora la sua volontà si manifesta con la stessa certezza come con la parola (5).

539. Ma potrà egli fare per mezzo di segni una donazione per atto pubblico? Io non ne fo alcun dubbio, e così è stato giudicato dalla Corte di Cassazione con un arresto dottamente motivato dal signor Mesnard il 3 di gennaro 1844 (6). Non v'ha nulla da rispondere alle solide ragioni di quest'arresto. che dà la preferenza alla volontà vera su delle inutili formalità. Il testamento militare de' Romani, diretto dalle sole nozioni del dritto naturale, poteva farsi per mezzo di segni (7). E perchè dunque il linguaggio de'segni sarebbe respinto dal nostro dritto francese, quando nessuna disposizione della legge lo condanna, e che d'altronde è provato di essere stato perfettamente compreso dagli assisteoti, dal Notajo, e da'testimoni? Non ol amo, che giusta il nostro articolo la capacità è di dritto comune, e che occorre una legge speciale per esserne privato (8). Il sordo-muto capace di maritarsi, quando può ut.lmente manifestare la sua volontà, è ugualmente abile a consentire tutte le convenzioni, delle quali il contratto di matrimonio è suscettibile. Il perchè può fare una donazione per contratto di matrimonio, e quindi ogni qualsivoglia donazione (9).

540. S'è certo, che un cieco può fare un testamento pubblico (10), gli si contesta la facoltà di farne uno olografo (11). Un cieco, si dice, non può lusingarsi di formare un corpo di scrittura, senzachè la sua mano non si perda, e non vergа de' caratteri illegibili. Bisognerà dunque, che si faccia assistere da un terzo, che lo dirigerà, ed allora ove sarà questa libertà così indispensabile ne' testamenti? ove sarà quella spontaneità, che fa la forza del testamento ol grafo? ove saranno le garentie contro le suggestioni e le captazioni?

Non mi arresto a questi scrupoli d'una maniera assoluta. Quando un cieco sa scrivere, può benissimo con l'esercizio o l'abitudine condurre la sua mano, e tracciare leggibilmente le sue volontà. Epperò il suo testamento è valido, il che è stato deciso da un arresto del Parlamento di Parigi de'29 di maggio 1770 (12). D'altronde non bisogna spingere all'eccesso i timori delle captazioni, nè bisogna lasciarsi inseguire da' loro fantasimi.

541. Dopo di avere parlato della capacità di donare, chiamata in dritto capacità attiva, occupiamoci della capacità di ricevere, chiamata capacità passiva.

Vi sono due sorti d'incapacità passive; le incapacità assolute e le incapacità relative.

Occupiamoci del'e prime.

542. I condannati ad una pena afflittiva perpetua, come i morti civili, sono incapaci di ricevere per donazione o per testamento, perciocchè la loro indegnità gli esclude dalla partecipazione delle solennità, dalle quali questi grandi atti della vita sono circondati. L'articolo 3 della legge de' 31 di maggio 1854 ne contiene la disposizione formale. Del resto quest'articolo in quanto a questa incapacità non è altro, che la riproduzione dell'art. 25 del Codice, ch'esso stesso non era, che l'eco dell'antica legislazione e del dritto romano. « *Neque hereditas,* « *neque legatum, neque fideicommissum con-* « *tra mores et jus publicum, hujusmodi per-* « *sonis relinqui potest* » (13).

Ma l'art. 3 della legge del 1854 come l'artic. 25 del Codice, permette nondimeno al condannato di ricevere a titolo gratuito a causa di alimenti. Così vuole l'umanità, alla quale han sempre dritto, malgrado il loro misfatto, e questa disposizione di favore è attinta nella legge, che abbiamo citata, la quale contiene: « *Quod vero pie rogastis, liceat vobis ultima* « *voluntate eis ad victum et alios usus neces-* « *sarios sufficientia relinquere, eisque ex hac* « *causa relicta capere* (14). »

543. Ma potrà egli ricevere de' doni manuali eccedenti gli alimenti? Per la soluzione di questa quistione si può riferirsene a ciocchè abbiamo detto nel n. 514.

(1) L. 10, C., *Qui test facere*. V. ancora Giustiniano, Instit., *Quib. non est permissum*, § 3, L. 6, §§ 1 e 7, D., *Qui test. facere*.
(2) Instit., *De militari testamento*, § 2. Furgole, IV, 2, 216.
(3) Grenier, t. II, p. 613 (ediz. di Bayle-Mouillard).
(4) V. ancora n. 1112 e 2226.
(5) Merlin, Repert., v° *Sordo-muto*.
(6) Devill., 44, 1, 102.
(7) Sopra n. 537.
(8) V. *Rivista di legisl.*, t. XIX, p. 615, art. del Sig. Pont.
(9) *Infra* n. 1112.
(10) Paolo, 3, *sent.* 4, § 4. L. 8. C., *De test.* Instit., *Quib. non est permiss.* § 4.
(11) Grenier, t. II. p. 610.
(12) Denizart, v° *Testamento*, n. 160. Bergier, *su Ricard, Donazioni*, p. 32, 33.
(13) L. 16, D., *De interd. et releg.*
(14) Pothier, *Pand.*, t. III, p. 525, n. 15.

544. Le persone incerte debbono ora occuparci (1).

Il dritto romano presenta su questo punto delle difficoltà che non sono senza gravità. Prenderemo in questi testi quel, che è atto a rischiararci, ed allontaneremo quelli, che sono una causa di dubbio e di oscurità.

La certezza della persona gratificata è una delle prime condizioni di ogni liberalità. Se la disposizione ha lasciato nell'ombra le parti della sua volontà, che ne mostrano l'esseaza, è come se non avesse fatto nulla: *idem est non esse et non apparere*; d'onde quella eccellente regola di Cajo: *incertae personae legatum inutiliter relinquitur* (2).

Ma quando vi è incertezza sulla persona? Da qui cominciamo le difficoltà.

Cajo dà per esempio il caso seguente. « Colui, che verrà il primo a' miei funerali, riceverà un legato di 1000 .... » Secondo lui questo legato è fatto ad una persona incerta.

È lo stesso di questo:

« Dono 100 a tutti coloro, che verranno ai miei funerali; »

E di questo: « lego 10mila a colui, chiunque sia, che darà sua figlia in matrimonio a mio figlio. »

La ragione data da Cajo si riassume in queste parole « *incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem, animo suo, testator subjicit.* » Il testatore non ha alcuna idea precisa sulla persona gratificata; nè avrebbe potuto dirne nulla di positivo.

Ma se questa vaga designazione d'una persona, di cui il testatore non ha conosciuto la classe, fosse precisata da qualche circostanza atta a diminuir l'incertezza, la disposizione non sarebbe dichiarata nulla. Per esempio: « Dono 10mila a colui de' miei cognati attualmente viventi, che verrà il primo a' miei funerali (3) ». I giureconsulti romani trovavano in ciò una certa dimostrazione, che toglieva in una sufficiente misura l'incertezza della persona: *Certa demonstratione incertae personae recte legatur* (4). La persona comunque incerta sotto di qualche aspetto, veniva presa in una classe certa (5).

Giustiniano ha richiamato questa giurisprudenza ne' suoi instituti (6), e ne parla come d'un punto di dritto abbandonato. Aggiunge di aver egli fatta una costituzione a tal riguardo, e sembra certo, che avesse per obietto di modificare i sottili rigori, insegnati dall'antica scuola; ma questa costituzione non si trova nel corpo del dritto.

545. Checchè ne dica Hilliger, non potrebbe risultare da questa omissione, che il diritto antico debba essere mantenuto (7). Soprattutto in Francia, ove il dritto romano era semplicemente seguito come ragione scritta, si era trovato, che bastassero le critiche pronunziate da Giustiniano per allontanarsi da' precedenti di Cajo e di Ulpiano. Un arresto del parlamento di Parigi de' 25 di aprile 1625 ha mantenuto un legato fatto alle Orsoline, che tra 20 anni potessero stabilirsi a Troyes (8).

546. Questa giurisprudenza ci sembra più prossima alla verità e più conforme al potere del testatore. Dapprima non è necessario che il testatore conosca la persona, che instituisce: « *Ii, quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt . . . ; ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit* (9). » Ed in effetti che importa, che la persona sia ignota al testatore, se il suo pensiero la precisa con una determinazione, che la fa conoscere sufficientemente, e se divien evidente di non aver egli testato all'azzardo? Marciano decideva nel tempo della giurisprudenza condannata da Giustiniano, che era valido questo legato: « A coloro, che sottoscriveranno il mio testamento lego 100 » (10). E perchè non si considererà come valido il legato fatto a colui, che sposerà la nipote del testatore, a colui, che assisterà il primo a' suoi funerali ecc.? In tali esempi vi è una determinazione, che toglie l'incertezza, e dà alla volontà del disponente qualche cosa di fisso, di positivo, e di rispettabile (11).

Pietro lega un premio di 2000 franchi a colui, che tre anni dopo la sua morte farà la migliore memoria sulle cause della caduta della repubblica romana giusta il giudizio dell'accademia delle scienze morali o politiche. Tal legato è eccellente. Sebbene la persona, che guadagnerà il premio, sia ignota a Pietro nel momento del testamento; benchè non la conosca, e non possa conoscerla, non vi è in questa specie vera incertezza. Le circostanze del legato danno una ragionevole causa alla liberalità ed una sufficiente determinazione alla persona. D'altronde non è impossibile di sostenere, che la liberalità è fatta all'accademia delle scienze morali e politiche per servire di ricompensa a colui, che tratterà con maggiore distinzione il proposto subietto.

Pietro lega 1000 franchi a colui, che nell'anno della sua morte guadagnerà il premio Monthyon attribuito dall'accademia francese; è questo un legato, che anche deve valere.

(1) V. Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. I, p. 575.
(2) 2, comm. 238. Aggiungi Ulpiano, 24, *fragm.* 18. Paolo, *Sent.* III, 6, 13.
(3) Cajo, 2, 238. Ulpiano, *luog. cit.*
(4) L. 9, § 10, D., *De hered. instit.*
(5) Pothier, *Pand*, t. II, p. 200, n. 29.
(6) *De leg.* § 25.

(7) Hilliger *su Doneau*, VI, 27, nota 21. Fregier *su Teofilo*, p. 385.
(8) Giustiniano, Instit., *De hered. instit.*
(9) L. 11, D., *De reb. dubiis.*
(10) Monochio, *De praesumpt.* IV, 25, 17.
(11) Vinnio, sulle istit. *De leg.*, § 25 e 27.

547. Osservate qui, che qualche volta puole avvenire, che questa liberalità siano fatte in tal modo, che la persona gratificata non sia concepita nel momento della morte del testatore (1); allora sorgerà la quistione se l'articolo 906 è applicabile.

Ma si scorgerà sin da prima, che siffatto argomento non varrà in tutti i casi, in cui, chi ha adempito la condizione, proverà, esser egli conceputo al momento della morte o della donazione; la quale pruova sarà indubitatamente acquistata nei casi da noi indicati. Imperocchè colui, che deve guadagnare il premio Monthyon nell'anno della morte del testatore; colui, che deve fare una memoria storica tre anni dopo la morte del disponente, tutti costoro adempiono le condizioni dell'articolo 906.

Del resto vedremo più tardi, che anche quando il laureato non fosse stato conceputo o vivente nel momento della morte, l'obiezione non sarebbe senza replica (2).

548. La facoltà di scegliere si lega alla quistione dell'incertezza della persona (3). Si è preteso di proscrivere l'uso di questa facoltà, rinchiudendosi nelle regole del diritto romano, che respingono le istituzioni incerte.

Ma le nozioni, che abbiamo rammentate, rispondono a questi scrupoli (4). Quando la facoltà di elegere si racchiude nello stretto cerchio di persone designate (*ex certo genere*)(5), l'incertezza non è reale, il che veniva riconosciuto pure dal dritto romano, malgrado la severità delle sue massime (6). So bene, che il Tribuno Jaubert diceva nel Tribunato: « In « materia di disposizione di beni non vi posso« no essere facoltà oltre quelle definite dalla « legge. Epperò il progetto tacendo sull'anti« ca facoltà di eleggere il silenzio della legge « basta per avvertire, che questa facoltà non « può più essere conferita. Felice interdizione! « Quanti atti immorali risparmiati a coloro, « che questa facoltà di eleggere avrebbe potu« to interessare. » Ma tali parole non potrebbero fare impressione, imperciacchè tutto è falso o contestabile. Non è vero, che in materia di disposizione di beni non vi sono facoltà, oltre quelle concedute dalla legge; invece è vero il contrario, ed il nostro articolo lo dice in termini formali. Non è vero, che dal silenzio della legge deve risultare una proibizione; per l'opposto è vero il contrario, ed il nostro articolo n'è la pruova. Non è vero, che la facoltà di eleggere sia immorale; al contrario è spesso nell'interesse dell'autorità paterna, e può servire di freno all'incondotta de'figli.

Del rimanente ecco una specie, nella quale questa opinione del sig. Jaubert è stata espressamente condannata da un arresto della Corte di Parigi degli 11 di maggio 1852, renduto sotto la mia presidenza (7).

Prevost Niatel dopo di avere nominato per solo erede di tutto quello, che possedeva alla sua morte Nicola Niatel, aveva disposto come siegue: « Nondimeno egli vorrà prima di tutto « dare una somma, che designerò più basso, « per le opere di carità, e la quale somma do« vrà essere versata, senzachè ne venga di« mandato verun conto sia alla persona, sia al« l'amministrazione, ove questa somma sarà « versata. » Più lontano nel suo testamento aveva aggiunto quest'altra clausola. « La som« ma, che indico pe'poveri, è di 30 mila fran« chi, che dovranno essere versati nell'arcive« scovado di Parigi per fondazione di sei ope« re di carità per fare pregare Dio pel riposo « dell'anima mia ».

Nicola Niatel vide in ciò un legato incerto, nel quale il testatore aveva lasciato ad un terzo il dritto di eleggere, e ricusò di far dritto alla dimanda del rilascio formata dall'Arcivescovo di Parigi. Ma l'arresto rigettò la sua pretensione, e decise, che in verità il testatore se n'era riportato all'Arcivescovo di Parigi per la designazione di sei opere, che dovevano, raccogliendo la sua liberalità, essere incaricate di recitare le preghiere pel riposo della sua anima; ma che questa circostanza non impediva, che la disposizione principale contenuta nel testamento non avesse la precisione e la certezza richieste dalla legge, e che unicamente per l'esecuzione il testatore aveva invocato il concorso l'intervento e la designazione dell'Arcivescovo.

549. Però il seguente è un caso più difficile e che pone nettamente la quistione dell'incertezza, per esempio se il disponente incarica, il suo esecutore testamentario o ogni altra persona di confidenza di distribuire una tal somma di denaro in conformità dell'intenzione segreta, che gli ha manifestata verbalmente.

Questa quistione è stata seriamente agitata innanzi la Corte di Cassazione in uno affare, in cui un signor Merindol aveva incaricato i suoi esecutori testamentari di mettere a disposizione del signar Laugier, prete, una somma di 14 mila franchi, per la quale gli aveva fatto conoscere le sue intenzioni. La Corte d'Aix aveva dichiarata nulla questa disposizione. Sul ricorso in Cassazione Merlin esaminò la quistione sotto tutt'i suoi aspetti (8), ed il ricor-

(1) Art. 906, *infra* n. 608.
(2) *Infra* n. 615.
(3) Sopra n. 154.
(4) V. Furgole, t. III p. 57, n. 73. Egli cita gli arresti, che hanno validata la facoltà di eleggere con la l. 7, § 1, D., *De reb. dubiis*. V. pure le sue *Quist. sulle donat.* 16, n.i 7 e 31.
(5) Sopra n. 154. Merlin, Repert., v° *Legatario*, nella sua aringa nell'affare Laugier.
(6) L. 7, § 1, D., *De rebus dubiis*.
(7) *Gazzetta de' Tribunali* de' 12 maggio 1852, n. 7751.
(8) V. *Legatario*, § 2. n. 18 *bis*.

Digitized by Google

sa fu rigettato con arresto de' 12 di agosto 1811 (1).

Un oltro orresto della Corte di Cassazione degli 8 di agosto 1826 ha dichiarato radicalmente nullo un legato fatto ad un esecutore testamentario per essere impiegato secondo le intenzioni segrete del testatore (2). Nella specie il testatore aveva voluto fare una liberalità occulta a' Gesuiti di S. Acheul. La Corte ha pure deciso con questo arresto poter' essere la nullità invocata dagli eredi, anche quando avevano eseguito il legato, imperocchè il legato mirava a gratificare una corporazione inabile a ricevere, sia perchè i Gesuiti non hanno veruna esistenza legale in Francia, sia perchè niuna corporazione può ricevere in Francia altrimenti, che con l' autorizzazione del governo.

Questo arresto giudica due cose: 1.° che il legato è nullo come fatto ad una persona incerta, o lasciato alla volontà di un terzo. Sotto il quale rapporto questo legato viola la regola. « *Veteres decreverunt testamenta « ipsa per se firma esse oportere, non ex « alieno arbitrio pendere* » (3); inoltre ch' è in contradizione dell'ordinanza del 1735 e degli artic. 895 e 967 del Codice Napoleone, che tolgono ogni effetto alle disposizioni fatte a favore delle persone incerte;

2.° Che il legato, supponendo la persona, certa, si dirige ad una persona colpita d'incapacità legale.

550. Questa giurisprudenza dev' essere esaminata da vicino.

Nell' antico dritto non si era restato sempre inflessibile per queste sorte di disposizioni, e dapprima a coloro, che tendevano di condannarle, tacciandole di disposizioni captatorie (4), era facile di opporre, che quando Papiniano condanna le instituzioni di questa specie (5), e Cajo i legati, che hanno questo carattere (6), non fanno affatto allusione alla volontà, che ci occupa. Papiniano in verità chiama instituzioni captatorie quelle, « *quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis*. », ma non intende parlare per nulla del nostro caso (7). dappoichè non vi è nulla di comune tra questa definizione e la nostra specie (8).

Il signor Giacomo Perdrier signore della Bosse aveva ordinato col suo testamento, che tre mila scudi sarebbero dati al signor Giovanni Le Peltier, Curato di S Giacomo della Boucherie per essere distribuiti alle opere di pietà, che gli aveva comunicate prima di morire, senz' essere tenuto di renderne conto. Un arresto de' 23 di decembre 1580 pronunziato in toga rossa sotto la presidenza del primo presidente de Thou, dichiara valido il legato (9). Gli eredi avevano preteso, che il legato nascondesse una liberalità a favore della vedova, ed il Curato aveva affermato innanzi uno de' signori, non avervi egli veruna parte.

Brodeau ha esaminato questo arresto diligentemente, e la sua discussione è un modello pei decisionisti. Brodeau era pronipote per lato materno del curato Le Peltier, e ricorda con orgoglio, che tutti i giureconsulti, che hanno citato questa decisione, le hanno dato per uno dei principali motivi la probità e la integrità di questo venerabile ecclesiastico.

Cita un arresto conforme dei 14 di aprile 1616 renduto sotto la presidenza del primo presidente de Verdun. Rammenta la fede del deposito, soprattutto del deposito fatto da un uomo moribondo; la confidenza dovuta agli ecclesiastici, ai quali in altri tempi erano affidate le ultime disposizioni dei testatori (10), in fine la legge *Theopompus* 14 D., De dote praeleg. (11), e la legge *penult. C. de donat.* ecc.

Questi arresti non sono i soli, e ve ne sono quattro del parlamento di Rouen degli anni 1635, 1637, 1638, e 1661, che hanno dichiarati buoni e validi i legati, depositati nelle mani dei curati per distribuirli secondo le intenzioni dei testatori; e ciò senzachè i detti curati fossero obbligati di rivelare l' impiego, che dovevano farne, ma solamente coll'obbligo di dire, che nè essi nè i loro parenti, nè altre persone vietate ne dovevano in alcun modo profittare (12). Nondimeno non si ometteva di dire, come ce lo insegna Basnage, che il legato era nullo *cum in alienum arbitrium confertur* (13), e che *in alienam voluntatem legatum conferri non potest*. Se non che si rispondeva, non essere questi principî applicabili, perciocchè il testatore aveva dichiarato le sue intenzioni, o che il fedecommessario era obbligato di conformarvisi.

Simile arresto emanato dal parlamento di Grenoble il 27 di aprile 1641 (14).

(1) Devilleneuve, *Coll. nuov.*, alla sua data. Dalloz, v° *Disposizioni tra vivi e testamenti* t. VI, p. 65. *Infra n.* 554 e 2223, ove stabilisco il principio che le disposizioni testamentarie debbono essere redatte in iscritto.

(2) Dalloz, 27, 1, 50.

(3) V. le leggi 32, D., *De haered. instit*, e 52, D., *De cond. et demonst.*

(4) Bartolo sulla legge *Theopompus*, l. 14, D., *De dote praeleg.*

(5) L. 70, D., *De hered. instit.*

(6) L. 64, D., *De legat*, 1°.

(7) Cujacio, XVI. *obs.* 11. Forgole, t. I, p. 250, e Pothier, *Pand*, t II, p. 205, n. 48.

(8) Sopra n. 490.

(9) Louet, lettera L, § 5.

(10) Niceforo, 8, *Istoria ecclesiastica*, c. 54.

(11) Essa dice: *Pollionus sciens mentem meam.*

(12) Basnage, *su Normandia*, t. II, tit. *de' Test.* art. 412.

(13) L. *Nonnunquam*, D., *De cond et demonst.*

(14) Bonifacio, t. II, part. 2, lib. 2, t. 1, cap. 3.

Se ne potrebbero ricordare molti altri (1).

551. Nonpertanto determiniemo bene i confini di questa giurisprudenza, e procuriamo di non esagerarne il valore, comechè le circostanze vi esercitavano una grande influenza.

Secondo Brodeau essa non giungeva sino ad autorizzare il legato di somme indefinite lasciate all' impiego segreto di un terzo, ed era circoscritta nel caso unico, in cui il defunto avesse legato col suo testamento una somma fissa tassata e regolata. Così per esempio un testatore aveva detto col suo testamento, che tutti i suoi titoli d' obbligazione e contratti sarebbero consegnati al suo confessore per farsene da questo l'uso che gli aveva detto e promesso in confessione; questa disposizione fu dichiarata nulla con arresto del parlamento di Parigi dei 26 di novembre 1637 sulle uniformi conclusioni dell' avvocato generale Talon (2). Ed in effetti il fedecommessario potrebbe esaurire la successione in distribuzioni, esagerate da scrupoli di conscienza, e sarebbe questa una sorgente di abusi per le famiglie; dapoichè il confessore sarebbe il padrone di estendere o limitare le distribuzioni secondo i suoi capricci ed avrebbe un arbitrio pericoloso.

Nondimeno si trova un arresto del parlamento di Parigi dei 27 di gennaro 1684, che ha deciso, che uno Speziale poteva essere il segreto depositario della volontà di un testatore per disporre di un legato universale (3).

Notate pure, che il favore accordato ai depositi testamentari, di cui abbiamo parlato, era indipendente dalle quistioni del deposito tra vivi. In quest'ultimo caso si giudicava talvolta, che la cosa depositata dovesse essere restituita, non alle persone segretamente indicate tra vivi, ma agli eredi. Il che è stato giudicato da un arresto dei 19 di febbrajo 1624, renduto sotto la presidenza del primo presidente de Verdun e sulle conclusioni dell' avvocato generale Servia (4). Il signor Merlin non ha fatto ben risaltare la profonda differenza, che esiste tra questa specie e la nostra (5), nè ha veduto di che si trattava nel caso dell'art. 1624. Trattavasi di un deposito di 1372 lire, fatto manualmente dal prete Giuliano Bourée due giorni prima della sua morte al suo amicu Doublet mercante borghese di Parigi per distribuire questa somma, come gli aveva dichiarato verbalmente. Or è questo un caso tutt'affatto particolare, che non ha nulla di comune con la materia dei testamenti e dei legati; perciocchè non vi è in ciò nè testamento nè legato (6), ma una rimessa manuale tra vivi, accompagnata da un mandato verbale (7). Osserviamo, che la causa offriva delle circostanze particolari. La nipote del defunto, povera donna carica di cinque figli e sua unica erede, era alla mendicità, e nella successione, dopo pagati i debiti, non altro trovava, che la somma depositata; è probabile, che la sua situazione interessò i giudici a suo favore. Però è giusto di confessare, che nella discussione il difensore della nipote e l' avvocato generale Servia ricordavano un arresto anteriore del parlamento di Parigi, che aveva annullato il testamento del vescovo de Digne nella parte, che lasciava una somma al signor de S. Fussier, ecclesiastico, per farne la distribuzione *sub sigillo confessionis*.

Del resto non sarebbe difficile di citare altri arresti anteriori al codice Napoleone, che in casi analoghi hanno convalidato il deposito, e ne hanno permessa l'esecuzione, dopo la morte del depoente; li ho ricordati nel mio commentario *Del Deposito* (8). Possono essere autorizzati dalla legge 26, D., *Deposit.*, se non che questi arresti non sarebbero più compatibili di una maniera assoluta (9) con l'art. 1939 del codice Napoleone, che per timore degli abusi annessi ai fedecommessi, vuole, che il mandato dato tra vivi, di rimettere una cosa ad un terzo dopo la morte di colui, che ha fatto il deposito, sia rivocato con la morte del deponente (a).

553. Ma nulla impedirebbe di dare questo mandato per testamento, perchè allora si sostiene per la forma del legato (10), nè ciò potrebbe fare sorgere quistione, quando i terzi, a' quali la consegna dev' essere fatta, sono designati nel testamento.

Il perchè niuno si avviserà di contestare la disposizione di un testamento, che contenesse: « Incarico il mio esecutore testamentario di distribuire 5000 lire a' poveri del 1.° Circondario di Parigi »; ovvero « Voglio, che il mio esecutore testamentario dia a Tizio nella sua maggior' età 1000 lire, che ho rice-

(1) Merlin, Repert., v° *Legatario*, § 2, p. 759. Bergier *su Ricard*, part 1, n. 592. Denizart, v° *Confessore*, n. 15.

(2) Bardet, t. II, lib. 6, cap. 30. Brodeau *su Louet*, *luog. cit.*

(3) *Giornale del Palazzo*, t. II, p. 491. Furgole lo cita e l' approva, *Quest. sulle donat.* 45, n. 37. Cita Gotofredo sulla legge *Theopompus*. 11, D., *De dote praeleg.* « *Aliud est in alterius voluntatem aliquid conferre, aliud alicui amico mandare, tanquam mentis suae istructo* »

(4) Bardet, t. I, lib. 2, cap. 8. Brodeau, *luog. cit.*, e *Giornale delle Udienze* di Dufresne, lib. 1, 17. L' annotatore di Bardet osserva, che Dufresne non conosceva bene l' arresto.

(5) P. 759 e 760, v° *Legatario*, § 2. È il caso dell' art. 1939 del Cod. Nap.

(6) Era l' osservazione di Servin.

(7) Il mio comm. *Del deposito*, ni 75, 147 e seg., e 154 e seguenti.

(8) *Luog. cit.*

(9) Si vedrà nel mio comm. *Del deposito*, *luog. cit.*, n. 151, le circostanze, per le quali taluni arresti sono sfuggiti all' applicazione di quest' articolo.

(a) L' art. 1939 del Cod. Nap. corrisponde all' art. 1811 delle nostre Leggi civili. — *Il traduttore.*

(10) Il mio comm. *Del deposito*, ni 75 e 150.

e vuto in deposito da suo padre; l'ho promesso per giuramento a quest'ultimo » (1).

Ma la quistione comincia, quando i terzi non sono designati. La ragione di questo segreto è spesso plausibilissimo. Ed in vero può avvenire, che per motivi di restituzione (2) s'incarica col proprio testamento una persona amica di rilasciare una tal somma a de'terzi, che in segreto gli sono stati dinotati. Nominarli apertamente sarebbe stata una penosa obbligazione, cui il pudore resiste. Non si discarica la conscienza in pubblico, ed ogni confessione dimanda il mistero. E non sarebbe non estrema severità di togliere a' moribondi questo mezzo di andarsene in pace all' altra vita? Ecco quello, che si può dire di più specioso in favore di queste disposizioni, che fanno solo comparire la persona del mandatario, e lasciano sotto di un impenetrabile velo la persona, alla qual'è incaricato di rimettere la liberalità; e più sopra abbiamo veduto, che numerosi arresti non avevono avuto la severità di privare i moribondi di questa consolazione. Ma abbiamo pure veduto, che vi si erano apportati de'temperamenti, che si consultavano le circostanze, che si esigevano delle affermazioni, che in una parola non si entrava in questa strada, che con delle grandi precauzioni (3).

554. Vi è ancora un'altra osservazione fatta dal signor Merlin, ed è, che questi arresti sono tutti anteriori all'ordinanza del 1735, il cui primo articolo è così concepito : « Tutte « le disposizioni testamentarie o a causa di « morte, di qualunque natura esse siano, sa « ranno fatte per iscritto. Dichiariamo nulle « tutte quelle, che saranno fatte verbalmente, « e vietiamo di ammetterne la pruova per te- « stimoni, anche sotto pretesto della modicità « della somma » (4).

Questa disposizione dell'Ordinanza del 1735 non è solamente fondata sulla necessità di dare una base certa alle ultime volontà e di escludere le pruove testimoniali sempre pericolose, ma ha ancora per obietto di prevenire le frodi de'fedecommessi (5). Senza la precauzione della scrittura, senza la formalità di una nomina precisa della persona gratificata, si potrebbe frodare la legge e favorire degl'incapaci e degl'indegni, per esempio arricchire uno stabilimento di mani-morte, gratificare un morto civile, un medico, un confessore ecc. ecc. I testatori hanno sempre avuto della tendenza a coprire del mistero qualcuna delle loro ultime disposizioni. Le leggi romane ne offrono degli esempi. Il Giureconsulto Callistrato parla nella legge 3, D., *De jure fisci* di un fedecommesso così concepito: *Vos rogo ut in eo quod a vobis petii, fidem praestetis : perque Deum, ut faciatis, rogo* (6), fedecommesso enigmatico, che non contiene nè il nome del fedecommessario, nè la cosa, che gli deve essere restituito. In simile caso il Giureconsulto Paolo sospettava la frode. « *Non enim est palam relin- « quere*, dic' egli, *quod ex testamento sciri « non potest, cum recitatum est* (7). » Ed in effetti la frode è facilissima con simili mezzi, ed il mantello della conscienza può servire di lascia passare a delle disposizioni, tutt'affatto contrarie alle leggi ed a' buoni costumi.

555. Comunque il Codice Napoleone non abbia ripetuto le disposizioni dell'Ordinanza del 1735, non è meno nel suo spirito di non riconoscere per valide, le sole volontà, che sono scritte nel testamento, e di rigettare tutte quelle, che riposano sopra a legazioni verbali, la cui efficacia deve andarsi a cercare fuori del testamento. *Idem est non esse et non apparere.* Il Codice Napoleone non teme meno dell'Ordinanza del 1735 i raggiri praticati per eludere le incapacità e le proibizioni. L'articolo 1939 del Codice Napoleone n'è la pruova. Si può riportarsi all'analisi, che ne abbiamo data nel nostro Commentario *del deposito* (8). Se quest'articolo reprime i mezzi tra vivi, che possono servire di velo alla frode, il Codice Napoleone non condanna meno quelli, che sono messi in opera per via de' testamenti (9), imperciocchè è del pubblico interesse, che la persona del legatario sia conosciuta, e che il vero scopo della liberalità non resti inviluppato tra le tenebre. Quel, che si nasconde in simile caso è naturalmente sospetto (10).

Per verità può avvenire che in diverse occasioni, il testatore si trovi impacciato nelle sue idee di restituzione, ma questo è un male molto minore delle frodi, così facili con delle volontà segrete. Il testatore può fare, mentre è in vita, ciocchè la sua conscienza gli detta; in queste materie il più presto è il migliore.

Aggiungiamo un'ultima considerazione.

Se si dovessero ammettere le disposizioni confidate al segreto di un terzo, perchè bisognerebbe restringere a delle somme modiche, precise e diffinite il dritto di farle? Perchè non si potrebbe rimettere ad un terzo il segreto delle ultime disposizioni per distribuire la intiera eredità? Ed allora che diverrebbero tutte le precauzioni della legge per mantenere le incapacità e le proibizioni di ordine pubblico? Si riproderebbe io tutt'i pericoli dell'arresto de'27 di gennaro 1684 (11).

556. Nell'antico dritto romano si riguardava

(1) Scevola l. 37, § 5, *De legat.* 3°.
(2) *Luog. cit.*, n. 148.
(3) Montvalon, *Success.*, cap. 6, art. 19, secondo Giuliano, sugli *Statut. di Prov.* Merlin, *luog. cit.*, p. 760, col. 1.
(4) Furgole, *Test.*, t. I, p. 30, n. 23.
(5) Arg. da ciò che dice Furgole, t. I (VI, 3, 224).
(6) Furgole, VI, 3, 210. L. 40, D., *De jure fisci.*
(7) Furgole, VI, 3, 211.
(8) N. 150.
(9) Il mio comm. *Del mandato*, n. 732.
(10) *Infra* ni 2222, 2223.
(11) V. sopra n. 551 ed *infra* n. 558.

Digitized by Google

no come persone incerte le corporazioni, le comunità, ed altre aggregazioni d' individui (1), ciocchè era una troppo grande sottigliezza. La legislazione imperiale cambiò questo punto di dritto e vide ne' corpi politici municipali ed in altri degli esseri morali, la cui certezza è evidente (2). Il dritto romano era stato preceduto su questo punto da le consuetudini di qualche Provincia, e specialmente da la città di Marsiglia, che viveva sotto le sue proprie leggi, e riconosceva come valide le liberalità fatte ai corpi morali (3) (a).

Oggi gli stabilimenti pubblici ed i corpi morali sono capaci di ricevere, e di questo punto ci occuperemo nel commentario dell'articolo 910.

557. Talvolta il corpo morale chiamato a ricevere non è indicato col suo nome, ma non bisogna attaccarsi alle parole, purchè la disposizione non lascia per se stessa verun dubbio.

Epperò non è una liberalità incerta quella, ch'è fatta a' poveri, e lungi dall'essere nulla, è per lo contrario favorevolissima (4). L'amministrazione di beneficenza del Comune la riceve (5); ed è lo stesso del caso, in cui il testatore addicesse una somma di denaro a delle opere di carità, imperciocchè questa disposizione equivale a quella, con la quale il testatore avesse legato a' poveri una certa somma (6).

558. Si è criticata innanzi la Corte di Pau la seguente disposizione.

« Voglio, che pagati i miei debiti, il resi« duo de' miei beni sia impiegato in messe « pel riposo delle anime di mia madre, di mio « padre e madre, di mia fi lia e la mia. » La testatrice nomina il Prete Isaute suo esecutore testamentario.

Dopo la morte della testatrice quest'ultimo avendo trovato delle difficoltà, dimandò in giudizio, che il residuo della vendita de' beni

(1) Ulpiano *fragm.*, 22, § 5. Plinio, 5, *Epist.* 7.

(2) L. 12, C., *De haered instituend.*

(3) Tacito, *Annali*, IV, 43.

(a) Celebri sono stato presso di noi sulle incapacità de' Corpi morali le leggi sull' ammortizzazione. Con sovrana disposizione de' 7 di settembre 1769 furono dichiarati incapaci di nuovi acquisti le Comunità religiose, e tutti gli altri Luoghi pii, che non avevano carico di opera pubblica, quali erano i Conservatori di Donzelle povere, le Case di educazione de' Ragazzi, gli Ospedali, ed i Monti di Pietà Il divieto riguardò così gli atti tra vivi che quelli di ultima volontà, ed i Notai ebbero ordine di trascrivere quell' atto legislativo in margine degl'istromenti o de' testamenti, che potessero servire di titolo agli enunciati corpi morali per novelli acquisti.

Intanto sorsero nell' applicazione diversi dubbi, che diedero luogo ad altri e tanti Dispacci interpretativi.

Si dubitò dapprima, se senza incorrersi nel divieto potessero impiegarsi le doti delle Monache e gli avanzi delle rendite de' Luoghi pii, e con Dispaccio de' 30 di dicembre 1769 e 28 di luglio 1770, fu permesso l' impiego delle doti delle Monache in censi bollari e con ipoteca sopra stabili a condizione, che facendosi il caso dell' aggiudicazione del fondo ipotecato a favore del Luogo pio, si dovesse il fondo elienare, ed in mancanza di oblatori, si dovesse amministrare *nominae curiae*, e darsi i frutti al Luogo pio In quanto agli avanzi delle rendita un Dispaccio de' 17 di agosto 1771 ne vietò l'impiego, dovendosi essi a tenore de' canoni venire distribuiti a' poveri.

Si dubitò in secondo luogo, se potessero i Luoghi pii acquistare mobili e semoventi reimpiegare con maggiore interesse i capitali restituiti, permutare i fondi di minor rendita con altri di rendita maggiore sebbene di uguale valore, e con Dispaccio de' 27 di gennaio 1770 si vietò la permuta e si permise il resto.

Si dubitò in terzo luogo, se fossero permesso le Cappellanie per celebrazione di Messe stabilito sopra immobili, ed un Dispaccio degli 11 di giugno 1770 dispose, doversi riguardare tali Cappellanie come pesi dell'eredità da soddisfarsi dall'erede *officio judicis*, ma senza assegnamento sopra beni immobili. E con un altro Dispaccio de' 17 di agosto 1770 fu dichiarato comprendersi nel precedente degli 11 giugno detto anno anche quelle Cappellanie istituite con atti tra vivi su partita di arrendamento o altri cespiti fiscali, rimanendo le partite di arrendamento, o gli altri cespiti fiscali assegnati per più facile esazione.

Si chiese inoltre, se incorresse nel divieto della legge sull' Ammortizzazione la disposizione, con la quale soggettavasi tutta la eredità a peso di messe, e fu risposto affermativamente, se non che venne imposto a ciascun erede l' obbligo della celebrazione di una messa in ogni anno. (Dispaccio de' 12 di agosto 1770).

Un Dispaccio de' 7 di agosto 1771 dichiarò, che i beni conceduti in enfiteusi da' Luoghi pii anche prima delle Leggi sull' Ammortizzazione divenissero allodiali dell' enfiteuta sotto il peso della corrisponsione del canone, e conseguentemente liberamente trasmessibile ai suoi aventi causa. Che però omettendosi di pagare il canone per tre anni, abusandosi del fondo enfiteutico, o talmente deteriorandolo, che ne rimenesse la sua natura alterata, si dasse luogo alla caducità dell'enfiteusi, e le migliorazioni venissero pagate dal nuovo concessionario, rimanendo inalterata la quantità del canone.

Lo stesso Dispaccio ordinò, doversi avere come enfiteusi e soggette quindi alle stesse prescrizioni le locazioni di lungo tempo, per le quali s' intesero quelle fatte per un decennio, o cominciate.

E vietò pure le disposizioni testamentarie o per atto tra vivi a favore de' Luoghi pii di denaro contante da impiegarsi in censi bollari.

Nel 1772 sorse il dubbio se fosse valido un legato di una rendita perpetua a favore di un luogo pio da impiegarsi in acquisto di argenti o di altri sacri arredi, e fu risoluto negativamente con Dispaccio de' 9 di luglio detto anno, dicendosi tal legato contrario allo spirito della Chiesa ed all'espressa dichiarazione di Mosè nell' Esodo cap 36, verso 6.

E per non procedere più oltre nell' esposizione delle disposizioni su questa materia finiremo con dire, che con Dispaccio de' 22 agosto del succennato anno 1772 fu dichiarato nullo un testamento, nel quale venisse istituita erede l' anime del testatore.

L' art. 15 del Concordato con la Santa Sede de' 18 di febbraio 1818 contiene :

« La Chiesa avrà il dritto di acquistare nuovi posse« dimenti, e qualunque acquisto faccia di nuovo, sarà « suo proprio, e godrà dello stesso dritto, che le anti« che fondazioni ecclesiastiche. Questa facoltà s'inten« de da oggi innanzi, senzachè sia di pregiudizio agli « effetti legali delle leggi di ammortizzazione, che sono « state in vigore sinora, ed all'esecuzione delle suddette « leggi anche in futuro pe' casi non ancora consumati « e per le condizioni non ancora verificate ».

Il traduttore

(4) Art. 910 — 23, C., *De sacrosancta eccles* Mantica, IV, 8, 7.

(5) Art. 910.

(6) C Parigi 11 di maggio 1832 (*Gazzetta de' Tribunali*, n del 12 maggio 1832).

Digitized by Google

mobili ed immobili restasse depositato nelle mani del Notajo per pagarsi da questo i Preti, che sarebbero incaricati da lui, esecutore testamentario, di dire le messe.

Al contrario gli eredi naturali sostenevano, che la disposizione era nulla, perchè la persona gratificata era incerta; che in ultimo caso non potrebbe sussistere, che con l'autorizzazione del governo.

Ma con arresto de' 24 di agosto 1825 (1) la Corte di Pau la dichiarato la disposizione buona e valida anche senz'autorizzazione. La volontà della testatrice le parve chiara e certa; la testatrice aveva voluto, che i suoi beni fossero impiegati in una destinazione precisa. Non vi era, è vero, instituzione di erede, ma ov'è la necessità giusta la novella legislazione, e specialmente giusta l'art. 967 del Codice Napoleone? (a) Vi è qui un esecutore testamentario, cui è commesso di eseguire il volere di pietà della defunta. Nè è egli il gratificato, ma è incaricato di scegliere i preti per celebrare le messe, e costoro ricevono piuttosto una rimunerazione, che una liberalità. In tal caso non è necessario verun'autorizzazione, perchè niuna corporazione, niun pubblico stabilimento viene gratificato. Invece tutto si riassume in un mandato conferito all'esecutore testamentario per un' opera indicata e legittima.

Siffatto arresto non potrebb'essere riprovato. Dapprima diversifica dal caso esaminato al n. 549, perciocchè l'intenzione del testatore non è segreta, ma è rivelata nel testamento, nè lascia equivoco. Da un' altra parte sembra, che il residuo non fosse considerevole, e fosse di tale natura da essere prontamente esaurito dalle cerimonie ordinate. L'autorizzazione avrebbe potuto essere necessaria, ove avesse presentato i caratteri d'una fondazione, ma tale non era la disposizione in quistione.

559. Si è dimandato se poteva instituirsi Dio, i Santi, la Vergine Maria ecc. ecc.

Ne' tempi di Ulpiano una analoga quistione era già giudicata per l'affermativa, e questo Giureconsulto c'insegna, che un Senatus Consulto e delle Costituzioni imperiali avevano permesso d'instituire certi Dei del Paganesimo (2).

Sotto gl' Imperatori cristiani fu permesso d'istituire Gesù Cristo gli Angeli i Martiri (3) Heinecio chiama ridicolo il Senatus-Consulto, che autorizzava l'instituz'one di alcune Divinità pagane (4), ma non faceva attenzione, che queste istituzioni erano semplicemente allegoriche, ed avevano per iscopo reale di gratificare in un linguaggio figurato i tempi consacrati a queste Divinità. Il che vien dichiarato dalla legge *fin.* C., *De sacrosancti ecclesiis*, appropriando questa idea al culto cattolico.

Sotto il Codice Napoleone la liberalità si sostiene con l'ajuto della stessa spiegazione: il gratificato è l'edifizio, e basta ch'esso sia autorizzato ad accettare giusta la legge de' 2 di gennaro 1817 e l'ordinanza de' 2 di aprile dello stesso anno.

560. A questo ritorna un caso, che è stato giudicato a Torino: trattavasi di un individuo prete, che aveva istituito la sua anima per erede universale. Incaricava un esecutore testamentario di far vendere i suoi beni, e convertirne il prezzo in celebrazioni di messe dopo il pagamento de' debiti e legati. Un arresto della Corte di Torino de' 30 di gennaro 1808 ha dichiarato esser valida tale instituzione, salva l'approvazione del governo (5).

Ho veduto presentarsi lo stesso caso alla Corte di Corsica. Un arresto, la cui data mi sfugge, renduto sulle mie conformi conclusioni, si pronunziò pure per la validità. Il mistico linguaggio del disponente non parve un motivo sufficiente per distruggere una liberalità, il cui senso non era dubbio (6).

561. Si sono veduti de' testatori fare de' legati a degli animali, che amavano, a de' cavalli, a de' cani; codeste disposizioni sono bizzarre per la forma, ma ragionevoli in quanto al fondo, e sono semplicemente de' pesi imposti agli eredi o legatari per la conservazione di questi animali, che il defunto ha voluto trattare con umanità.

562. Non diciamo dippiù sulle persone incerte.

Passiamo ad altre incapacità.

Gli stranieri sono stati riabilitati dalle incapacità di ricevere delle quale erano stati colpiti, ed abbiamo più sopra citato la legge de' 14 di luglio 1819, che ha introdotto questa saggia innovazione (7).

563. Per dritto degli Imperatori la donna, che si rimaritava nell'anno del lutto era notata d'infamia, ed incapace di ogni liberalità testamentaria (8).

Era lo stesso della donna che malversava nell'anno del lutto (9).

Ma in Francia la pena delle seconde nozze era abolita, tranne nel Parlamento di Tolo-

(1) Dalloz, 26, 2, 5.
(a) A quest'art. 967 del Cod. Nap. corrisponde l'art. 892 delle nostre Leggi civili. — *Il traduttore.*
(2) *Fragm.*, 22, § 6.
(3 L. fin. C, *De sacrosanctis eccles.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 196, n. 7.
(4) *Instit.*, t. II, p. 228.
(5) Devill., 2, 2, 311.
(6 Aggiungi Furgole, t. I, p. 329, 330; Maatica, VIII, t. VI.
(7) N. 525 V. Furgole, VI, 2, 10.
(8) L. I. C., *De secund. nupt.*; novell. 22, cap. 22. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 90, n 19. Furgole, VI, 2, 64.
(9) Novell., 39, cap. 2.

sa; (1) la pena della malversazione era sola osservata (2) (a).

Questa legislazione ha continuato ad essere in vigore sino alla promulgazione del Codice Napoleone. Ora che la legge non pronunzia alcuna incapacità contro la donna, che si rimarita, o che malversa nell'anno del lutto, e che non vi sono incapaci oltre quelli dichiarati tali, ne siegue, che la legge romana non può essere più d'alcuna considerazione (3).

564. Abbiamo parlato qui sopra della capacità attiva delle persone consacrate alla vita religiosa (4). Diciamo qualche cosa della loro capacità passiva.

Abbiamo veduto non essere i monaci morti civilmente nel dritto romano e secondo il dritto canonico seguito nella maggior parte dell'Italia ed in altre provincie dell'Europa. Abbiamo veduto, che sotto questa legislazione potevano succedere (5) E per conseguenza niun dubbio, che non potessero ricevere per testamento; ed il loro monastero raccoglie a le liberalità di cui erano l'obietto (b) Nel dritto francese (6), ove lo spirito monastico era meno favorevole ed ove si temeva che i religiosi fossero morti civilmente, erano essi incapaci di ricevere come incapaci di donare; e le disposizioni fatte a loro favore erano considerate come non scritte. I monasteri, di cui facevano parte, non ricevevano nulla in nome loro, ed era una massima costante, che colui, ch'entrava in religione non recava al suo convento i beni, che prima possedeva. Si considerava pure come nullo ed estorto il legato fatto da un novizio al monistero ove doveva entrare.

Dopo la distruzione degli ordini monastici i monaci hanno ricuperato la vita civile, e sono capaci di ogni sorte di disposizioni testamentarie o tra vivi.

La legge non vede in essi, che de' semplici individui sottoposti al dritto comune. Le loro associazioni sono pienamente libere agli occhi

(1) Furgole, VI, 2, 67. V. *Extravag.* t. *De secund. nupt.* cap. 4, e cap ultimo.

(2) Dumoulin *su Parigi*, § 43, n. 143 Ferrières *su Parigi*, art. 279. glos. 1, ni 15 e seg. Merlin, Rapert., v° *Lutto*, § 2, e v° *Nozze*, § 2.

(a) Presso di noi osservavasi relativamente alla vedova, che si rimaritava nell' anno del lutto la disposizione del Dritto canonico, per lo che non incorreva nella pena dell'infamia, ma osservavasi il dritto romano circa la perdita de' lucri nuziali e delle largizioni ricevute dal primo marito. (*Aloj al Domat, Lib. III, Tit. IV, Nota 20*).

Con la consuetudine *Si qua moriens* era disposto, che una donna con figli sia maritata, sia vedova non potesse disporre con testamento o con altro atto di ultima volontà oltre la decima parte della doti e de' beni antichi, intendendosi però delle doti costituitele da' genitori, dagli agnati, e da' cognati, e non già di quelle acquistate con la propria industria o pervenutele dagli estranei. « *Si qua moriens habeat filios seu liberos,* « *potest de dotibus suis, et aliis sibi obvenientibus ab* « *agnatis et cognatis jure successionis vel titolo lucra*- « *tivo in sua ultima voluntate relinquere de decem* « *partibus una tantum* ».

Cessava tale incapacità nel caso, in cui il costituente la dote o l'autore del legato fatto a favore della donna, le concedeva la facoltà di disporne a proprio piacere, nel qual caso venivano applicate le disposizioni del dritto romano, e la donna poteva disporre de' beni in tal modo largitile, come di quelli acquistati da essa stessa. E siccome nel matrimonio contratto *mora magnatum*, o come volgarmente dicevasi *alla vecchia maniera*, concedevasi alla donna la facoltà di disporre delle sue doti, così l' incapacità veniva meno in tutt' i matrimoni contratti nella sopraddetta guisa.

Cessava pure tale incapacità, e la moglie o la vedova poteva testare della totalità delle sue doti, se non lasciava figli o discendenti, ma la incapacità non cessava per la sopravvenienza di un nuovo atto, che concedesse alla donna la facoltà di disporre de' beni precedentemente donatile senza quest' espressa concessione. Epperò se una donna aveva contratto matrimonio secondo il patto di Capuana e Nilo ossia *alla nuova maniera* non poteva contrarne un secondo *more magnatorum* o *alla vecchia maniera*, perchè il primo contratto nuziale aveva impresso a' beni il carattere d' indisponibilità, che non poteva essere cancellato da veruno altro atto posteriore. (*Maffei Instit. jur civ. neapol Lib II, Cap. III, n. I*).

Riguardava codesta consuetudine i soli beni siti nel Distretto di Napoli, se non che se con la dote costituita in Napoli in denaro si acquistavano de' beni fuori del suo distretto, i beni acquistati rimanevano soggetti all'impero della consuetudine, perocchè ritenevasi, che nella dote, come cosa universale, la cosa succedesse in luogo del prezzo (Maffei *luog cit.* n. VII).

Da ultimo questa incapacità cessava ove trattavasi di atti tra vivi. Ma siccome poteva dubitarsi, che la donazione o l'alienazione si facesse per frodare la consuetudine, o che la donna incautamente o inconsideratamente dissipasse, il proprio patrimonio, così solevasi dimandare il Regio assenso quando occorreva di alienarsi od ipotecarsi da una donna napoletana anche i beni stradotali, il quale assenso si concedeva con la clausola *accedente consensu filiorum* (Maffei *luog. cit.* n X).

Il traduttore.

(3) Merlin, *luog cit.*, v° *Lutto*, p. 653.

(4) Ni 528, 529 e 530.

(5) Novel. 123, cap 41.

(b) Siccome per la Novella 5 di Giustiniano. cap. 5. i beni, che si deferivano a' Religiosi, si acquistavano da' Monasteri, cui i detti Religiosi appartenevano così se il Monistero per effetto delle Leggi sull'ammortizzazione era incapace di acquistare, si trovava incapace per questa medesima ragione lo stesso Religioso. Non però il Sacro Consiglio mentre negava a' Monaci la proprietà de' beni, soleva ammetterli all'usufrutto loro vita durante, ma essendo questo un temperamento di semplice equità, veniva necessariamente modificato delle circostanze particolari delle cause, che si presentavano all'esame di quel Collegio, così esatto e tanto diligente nelle proprie decisioni.

Ripristinati poi presso di noi gli ordini monastici un Reale Rescritto de' 9 di marzo 1822 contiene:

« La M. S. sulla considerazione, che le successioni « debbono essere regolate esclusivamente a norma del- « le attuali leggi civili; e che ricevute nel regno le « istituzioni religiose, coloro, che ad esse appartengo- « no, astretti dal voto di povertà, trovansi collocati in « uno stato d'incapacità volontaria ad acquistare alcu- « na proprietà, si è degnata dichiarare, che i religiosi « e le religiose professe per ragione de' voti monastici « sono incapaci di succedere. »

Il quale rescritto essendo dichiarativo ha forza retroattiva.

Il traduttore.

(6) Furgole, VI, 2, 20.

Digitized by Google

del nostro dritto pubblico, nè potrebbe risultarne alcuna incapacità individuale (a).

565. Non è lo stesso delle religiose appartenenti ad una congregazione autorizzata. La legge del 24 di maggio 1825 senza colpirla tuttaffatto di morte civile, ha ristretta sotto taluni riguardi la loro capacità di ricevere come ancora la loro capacità di donare. Così una religiosa non può ricevere da un'altra religiosa, che fa parte dello stesso convento, a meno che il dono o il legato non ecceda 10mila franchi (1).

566. Si può donare in Francia per testamento o per donazione ad un religioso straniero morto civilmente secondo la legislazione del suo paese?

Se, come non se ne può dubitare (dice Boullenois) (2) questa morte civile è uno stato personale, quest'uomo morto civilmente nel luogo del suo domicilio, è morto da per tutto, e per conseguenza non può succedere, perchè non potrebbe acquistere in qualsivoglia luogo..... Quest'uomo cessa di avere alcuna agnazione nel mondo, ed è riservato pel cielo (3). Epperò basta di non esser contato nel numero dei viventi nelle legge del domicilio per non succedere in qualsivoglia luogo (4).

567. Vi sono delle incapacità relative in essai gran numero. La legge le ha stabilite in considerazione di certi rapporti particolari, che fanno dubitare della spontaneità e dell'onestà della liberalità. Si possono citare:

1° Il tutore, di cui si occupa l'art. 907.
2° I Medici e Chirurgi (art. 909).
3° Il Ministro del culto (Id).
4° I figli naturali (art. 908).
5° I testimoni istrumentari in un testamento (art. 975).
6° I coniugi (art. 1094 e 1098 del Codice Napoleone) (b).

Tratteremo di queste incapacità nel commentario di questi articoli.

568. Bisogna forse aggiungervi quella dei concubini tra loro? (5)

Il concubinato presso de' romani non era un'unione vietata dell'uomo e della donna. Meno solenne del matrimonio, che per dritto civile era circondato da tutto il favore della legge, quest'associazione, derivata dal dritto naturale, si operava senza formalità per la sola coabitazione, e si scioglieva nello stesso modo. Sentiamo Cujacio:

« *Concubinatus non est matrimonium, sed* « *imitatio matrimonii aut semimatrimonium,* « *nec tamen est illicita. Imo legitima con-* « *junctio; quod nostri ignorant, quomodo* « *fiat, quia non sunt in usu hodie concubi-* « *nae, nisi in montanis quibusdam regioni-* « *bus. Ergo et concubinatus et matrimo-* « *nium, utraque conjunctio est. Sed hoc* « *maxime concubina distat ab uxore digni-* « *tate seu honestate, vel honore pleno* (6).

Vi erano molte cose comuni al matrimonio ed al concubinato. Come non si potevano avere due mogli contemporaneamente, così non si potevano avere una moglie legittima ed una concubina, ovvero due o più concubine (7).

Come non si poteva contrarre matrimonio, che a dodici anni, del pari il concubinato non era permesso prima di quest'età (8).

Come il figlio era giustamente diredato, se aveva commercio con la moglie di suo padre, così incorreva nella stessa pena, se aveva commercio con la concubina (9).

Ma vi erano ancora molte differenze: si poteva vivere in concubinato con le donne chiamate *ancillae*; ma non si poteva sposarle. La concubina non aveva la dignità d'una madre di famiglia, nè partecipava come la moglie a'titoli ad agli onori di suo marito (10). Si poteva donare alla concubina e perseguitarla per furto, ma niente di ciò poteva farsi relativamente alla moglie legittima. Si vedevano molte quistioni elevarsi tra coniugi per causa di divorzio e di dote, ma mai tra concubini. Infine i figli nati di un coniuge erano legittimi ed in potestà: *in potestate*; quelli nati da una concubina erano chiamati naturali, nè partecipavano della dignità del loro padre (11).

Per ritornare alle liberalità, delle quali qui ci occupiamo, si era tanto lontano dal proscrivere le donazioni tra concubini, che Upieno ci apprende, ch'era permesso di donare tra vivi alle donne chiamate *meretrices* (12). Con quanta maggior ragione adunque alla concubina, ch'era *particeps mensae et tori*?

Qui potrebbe farsi una quistione: perchè la donazione, ch'era vietata tra marito e moglie, era permessa tra' concubini? Cujacio ne dà per ragione la maggiore affezione degli sposi le-

(a) V. la mia nota alla pag. 200. — *Il traduttore.*
(1) Sopra n. 530.
(2) *De' statuti*, t. 1, p. 66.
(3) Boullenois non parla qui del morto civilmente per condanna, dapoichè è di dritto pubblico, che le sentenze rendute da una Sovranità non hanno effetto in un'altra (Merlin, Repert., v° *Successione*, p. 223.
(4) *Contra* Foelix, *Trattato del dritto int rnazionale*, n¹ 30 e 42.
(5) Sopra n. 496.
(b) I citati articoli 907, 908, 909, 975, e 1098 del Codice Napoleone corrispondono agli articoli 823, 824, 825, 901, e 1052, delle nostre Leggi civili. — L'art. 1094 del detto Cod. Nap. non si vede riprodotto nella nostra nuova legislazione.
Il traduttore.
(6) *Respons. Pap.*, lib. 8, sulla legge 16, § 1, D., *De his quae ut indig.* Aggiungi Voet, 25, 7. Fabro, cod. 9, 29, 20.
(7) L. 1, C., *De concub.*, nov. 18, cap. 5, nov. 87, cap. 12.
(8) L. 3, § ult., *De concub.*
(9) Novella, 115, cap. 3, § 6.
(10) L. 1, D., *De ritu nupt.* L. 31, D., *De donat.*
(11) Voet, 25, 7, 3.
(12) L. 5, D., *De donat.* Voet, 24, 15.

Digitized by Google

gittimi e la maggiore debolezza della loro volontà (1).

Checchenesia era altrimenti delle donne, con le quali i soldati vivevano in cattivo commercio, e che si chiamavano *focarie*. Esse erano dichiarate indegne di ricevere, e le disposizioni fatte a loro favore si acquistavano dal fisco (2). Il che era stabilito con un rescritto dell' Imperatore Adriano ad oggetto di mantenere la disciplina nelle armate, ed impedire, che il soldo dei militari non fosse convertito in debosce o in perniciose liberalità (3).

Ma bisogna bene guardarsi dal confondere la *focaria* con la *concubina*, perocchè quel che era vietato per l' una, era permesso relativamente all' altra (4).

Gl' Imperatori cristiani restrinsero in seguito questa capacità delle concubine. Giustiniano con la sua novella 84 capitolo 12.° che fissa l' ultimo stato della giurisprudenza, decise, che colui, che avesse dei figli legittimi, non potrebbe lasciare alla sua concubina ed ai di lei figli più di un dodicesimo dei suoi beni; ma che in mancanza di discendenza legittima si potrebbe disporre in favore della concubina di tutto il proprio avere, salva la legittima degli ascendenti (5).

L' Imperatore Leone vietò assolutamente il concubinato con la sua novella 91, ma questa legge non fu eseguita che nell' impero di Oriente; ed in effetto il concubinato continuò ad essere autorizzato presso i Longobardi ed i Germani (a).

569. In Francia il concubinato è da lungo tempo riguardato come una debo scia contraria alla purità della religione e dei buoni costumi, e nel nostro antico dritto l' incapacità della *focaria* era estesa a tutte le concubine (6). Le donazioni, che i concubini si facevano tra loro sia per testamento, sia per atto tra vivi, erano considerate come il frutto della captazione, come la ricompensa di vergognose passioni, e la legge non dava loro l' appoggio della sua autorità. *Donazione in matrimonio ed in concubinato non vale* diceva Loisel (7). Solamente era permesso di fare ad una concubina dei legati di alimenti (8). Questa legislazione è stata in vigore anche sotto le leggi del 17 nevoso anno II, e del 4 germinale anno VIII. Il che è insegnato dal signor Merlin (9), ed il signor Grenier è di accordo con lui su questo punto (10).

Ma il Codice Napoleone non ha ripetuto queste disposizioni proibitive, e risulta dal suo silenzio di non averle volute consacrare in principio. Si deve pure rimarcare, che il progetto del Codice Napoleone portava un articolo, che interdiceva le donazioni tra' concubini, o che quest' articolo non si trova nella redazione diffinitiva.

Si potrà dimandare perchè il Codice Napoleone ha chiuso gli occhi sugli effetti della passione immorale, che spinge due persone di sesso differente al concubinato, mentre è stato così diffidente dell'amore coniugale, vale a dire di quell' amore depurato dalla religione e dalle leggi, sino al punto di vietare a' coniugi le donazioni irrevocabili; quel Codice, che sì giustamente ha paventato l'impero del tutore sul suo pupillo; quel Codice infine, che sempre in guardia contro le più onorevoli professioni sociali, ha messo l'ammalato al sicuro dalle seduzioni del suo medico, ed il penitente al sicuro da quelle del suo confessore?

Ma bisogna rispondere, che il Codice Napoleone ha voluto prevenire delle perquisizio-

(1) « *Cur autem concubinae donare licet, non uxori?* « *Quia scilicet* (*nec alia ratio reddi potest quam quae* « *affertur in leg ult* Cod. Theod., *De leg. hered.*), « *quia quo plenior est affectio et dignitas conjugalis,* « *ea fuit refrenanda magis, alioquin nullum facerent* « *finem donandi invicem et spargendi munera, et ut ait* « *eleganter, veteres arbitrati sunt reprimendum potius,* « *ut in loco ancipiti, quam incitandum esse mutuum fa-* « *vorem inter maritos* » (Cujacio comm. ad tit. del Cod. *De donat. inter vir. et uxor.*). D'altronde lo stesso Giureconsulto ripete la medesima cosa in altri termini: « *Per* « *leges non licet tam liberalibus nobis esse in uxorem* « *quam in concubinam. Si liceret esse liberalibus, ex-* « *templo profusi et prodigi in eas essemus, quia tanta* « *animi propensio hominibus sanis non est in concubi-* « *nam, quae justos liberos non pariat; insani quid* « *agant, non spectant. Dantur frena conjugibus non* « *concubinis, et ut ait lex ult* Cod. Theod., *De leg.* « *haered*, *reprimendus est potius quam incitandus* « *conjugalis favor* ». (Cujacio *Resp. Pap.* lib. 12, ad leg. 31, D, *De donat*).

(2) L. 14, D., *De his quae ut ind auf.* L 41, § 1, D., *De test milit.* Pothier, *Pand.*, t II, p. 225, n. 10, e p. 441, n. 3.

(3) Voet, *luog. cit.*

(4) Pothier, *Pand*, t. II, p. 441, nota A.

(5) Pothier, *Pand*, t. II, p. 284, n 82, e t. III, p. 38, n. 35.

(a) Nel nostro antico Dritto patrio non vi era propriamente legge, la quale proibisse a' cittadini di donare alle persone, con le quali si viveva in illecito commercio. Pur nonpertanto soleva il Principe prudentemente invigilare su donazioni di tal fatta, o ridurle, ove fossero eccessive. D'altronde si riteneva, che la sentenza di S. Agostino registrata nel Canone *Donare Distinct. LXXXVI*, con la quale dichiara illecito le donazioni fatte alle donne da teatro, dovesse intendersi di quelle, che abusavano del loro mestiere per vivere disonestamente, e sedurre gl' incauti o gl' inesperti, ma si avevano come valide anche a favore di costoro quelle donazioni, che miravano a provvederle degli opportuni alimenti per sottrarle alla loro vita disonesta. Risguardavansi poi come irreprovevoli le donazioni a favore di quelle donne, che esercitando la comica professione, non cessavano per questo di vivere onestamente del pari, che ogni altra donna, che vive nella società (Maranta *tom.* I, *Respons.* 2, *n.* 77).

Il traduttore.

(6) L' ordinanza del 1629 ne conteneva la formale disposizione.

(7) I, 2, 25.

(8) Furgole, VI, 2, 85. Henrys, 5, 2, 72. Charondas, 7, 198. Anjou. 342; Maine, 354; Tours, 296, ecc ecc. Merlin, Quest. di dritto, v° *Concubinato.*

(9) *Luog cit.*

(10) T. I, p. 669, 670, 671.

ni, che potrebbero essere ingiuste, odiose, o per lo meno scandalose; ha voluto disseccare una sorgente di accuse velenose contro colui, che la tomba covre sotto la sua protezione, o contro quella, che la cupidità vuole spogliare di meritate liberalità. D'altronde vi sono de'casi, in cui la riparazione del male è più pericolosa del male medesimo. Ed in vero sarebbe stato pericoloso di turbare le ceneri dei morti, frugando nelle segrete intimità della loro vita, e pubblicando le miserie della loro condotta.

570. Non ignoro, che taluni arresti inspirati da un esagerato stoicismo, hanno di propria autorità ristabilita la massima dell'antico dritto francese: *Dono di concubino a concubina non vale* (1), ma questi arresti, peraltro in picciolo numero, non debbono essere seguiti. La maggioranza delle Corti e degli autori si è pronunziata in favore dell' opinione, che sosteaghiamo (2); e ciò anche quando la successione fosse opulenta (3), o che il concubinato fosse complicato dalla circostanza di adulterio (4). Imperocchè bisogna seppellire nella tomba certi traviamenti, che la pubblicità aggrava, nè per interesse deve farsi le guerra alla memoria del defunto.

571. Nondimeno è sottinteso, che se la donazione fosse stat' estorta da una captazione fraudolosa, sarebbe nulla.

572. Abbiamo detto, che quando anche il concubinato prendesse il carattere di adulterio, questa circostanza non renderebbe nulla la donazione.

Per dritto romano non era così, perocchè gli adulteri non potevano farsi tra loro nè donazione nè legato (5). Ed anzi le leggi non volevano neppure che i figli nati da ques'e colpevoli unioni, potessero ricevere degli alimenti dal loro padre (6).

Nell' antica giurisprudenza questo rigore era ammesso, comechè si credeva di fortificare la purità de' costumi cristiani con l' onestà civile.

Ma il Codice ha temuto d'immettersi in questa via per le ragioni, che abbiamo dette, ed ha temuto gli scandali, le discordie intestine, l'onta delle famiglie, sì che getta un velo impenetrabile su queste debolezze o su queste turpitudini.

573 Tra le cause, che rendono incapace di raccogliere bisogna con'are l'indegnità (7).

I Romani ponevano una gran differenza tra l' indegno e l'incapace. Ed in effetti l'indegno era capace di raccogliere, ma non poteva ritenere, perchè il Fisco gli era surrogato, mentre l'incapace non poteva raccogliere; di talchè la disposiz'one a favore dell'incapace era nulla di pieno dritto, mentre la disposizione a favore dell' indegno valeva per se medesima, se non che l'indegno n'era dichiarato decaduto (8).

Questa distinzione aveva delle importanti conseguenze, e la principale si era, che la instituz one a favore di un'incapace faceva crollare il testamento, mentre l'istituzione relativa ad un indegno la lasciava sussistere in tutto il suo v'gore (9). Inoltre un primo testamento valido e perfetto era di pieno dritto rivocato da un testamento, nel quale un indegno era instituito, ed al contrario il testamento posteriore fatto a favore di un incapace non rivocava il primo (10); questo primo testamento valeva; però l'erede non avendo per lui *supremum defuncti judicium*, era come indegno privato, del beneficio dell' instituzione; in quanto a' legati, erano dovuti (11).

Nel dritto consuetudinario questa differenza tra l'incapacità e l'indegnità non aveva la stessa importanza. Siccome non era richiesta l'instituzione di erede, non vi era da discutere sui caratteri dell'indegnità e dell'incapacità e sulla loro influenza più o meno irritante su questa solennità del testamento.

Nondimeno, e non ostante quello, che ne abbia detto Ricard, sì sovente fallace ne' suoi giudizi, non si confondevano assolutamente gl'incapaci e gl'indegni (12), e sopravanzava qualche cosa della differenza tra il non raccogliere ed il non ritenere.

È lo stesso del Codice Napoleone, e la logica giudiziaria vuole, che non si assimili colui, che manca delle condizioni per ricevere, a colui, che avendo queste condizioni, è giudicato indegno di conservare (13).

574. Le cause d' indegnità, così numerose nell'antico dritto, sono state singolarmente ristrette dal Codice attuale. L'art. 727 le riduce a tre.

1.° Condanna per avere data la morte al de-

(1) Besançon, 25 marzo 1808 (Dalloz, 5, 245); Grenoble, 17 di gennaio 1812 (Dalloz, 5, 246, Bruxelles, 19 di febbraio 1823 (Dalloz, 5, 256).

(2) Merlin, Repert., t. XVI, v° *Concubinato*. Toullier, 5, 719. Devill., 5, 1, 226. Aggiungi *Rivista critica*, t 1, p. 589.—V ancora Agen, 7 di maggio 1851 (Devill., 51, 2, 273).

(3) Rouen, 8 di gennaio 1827.

(4) Montpellier, 23 di marzo 1824; Parigi 17 di luglio 1826 (Dalloz, 28, 2, 245). Merlin, Repert., v° *Adulterio*.

(5) 13, D., *De his quae ut indig.*, ed il Codice, *De incertis et inut. script.* Pothier, *Pand* t. II. p. 441, num. 2.

(6) Ricard. part. 1, n. 399 e seguenti.

(7) *Sopra* n. 180.

(8) Cujacio rimprovera vivamente ad Accursio di avere confuso l' indegnità con l' incapacità, e finisce col dire: *Quae relinquuntur incapacibus pro non scriptis habentur, non quae relinquuntur, indignis. Indigni possunt capere, sed non retinere (Quaest. Pap.* lib. 16 ad leg. 12, D, *De his, quae ut indig. auf).*

(9) Furgole, VI, 3, 19.

(10) L. 12, D., *De his, quae ut indig.* Furgole, VI, 3, 19.

(11) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 445, n. 2. Furgole, VI, 3, 23. Merlin Repert. v° *Rivocazione del testamento*.

(12) Lebrun, *Success*. 3, 9, 3 Furgole VI, 3, 6.

(13) Toullier t. 4, n. 90.

funto; 2.° accusa capitale contra lo stesso, giudicata calunniosa; omessione di deounzia dell'omicidio del disponente. Alcune osservazioni sooo necessarie su ciascuoo di questi punti (a).

575. Colui, che procura la morte del testatore non è indegno della successione, che io quanto ha ucciso fuori il caso della legittima difesa. Bartolo aveva sostenuto, che l'omicidio in uo caso permesso, non era un motivo d'iodegnità, ma Furgole o Lebrun l'avevano combattuto. Furgole (1) si foadova principalmente sulla legge 1 D., *De eis, quae ut indig. an-fer.*, che pronunzia l'iodegnità per uo fatto ricompensato dalla legge, ma che portava pregiudizio alla memoria del defunto (2). Il Codice Napoleone non lascia più materia a discussione su questo punto; richiede, che vi sia condanna, e non si può coodaonare chi dà la morte ad altri nel caso di legittima difesa (3); così il parere di Bartolo si trova sanzionato. Del resto la prescrizione acquistato dall'omioida contra della condanna, non lo rileverebbe dalla sua iodegnità; d'onde questo adagio: *La pena si prescrive non l'indegnità* (4).

576. La denuncia contra il defunto deve avere due caratteri per fare incorrere l'indegnità; è d'uopo, che sia capitale, e dippiù che sia giodicata calunniosa. Per la parola capitale è chiaro, che il legislatore non ha inteso di parlare, che di un'accusa, che può portare pena di morte naturale, o di quella, che poteva uoa volta portare la morte civile. Le altre accuse non sono capitali, nè honno per obbietto di fare perdere la libertà naturale ed i vantaggi del dritto di cittadioanza, percioccbè le pene, che potrebbero risultarne, noo faceodo, che restriogere certe capacità accessorie, oon operano cambiamento di stato, *Capitis diminutionem* (5).

577. Secondo il dritto romano l'erede era obbligato di vendicare la morte violenta del defunto. Per un sentimento di pudore non si permetteva, che colui, che raccoglieva le ricchezze del morto, si occupasse di un sordido interesse prima di aver fatto perseguitarne gli uccisori, e si spogliava come indegno colui, che faceva atto di erede prima di avere soddisfatto a questo pietoso uffizio (6). Intanto gli

(a) La attuali nostre Leggi civili hanno accresciuto le cause d'indegnità, richiamando in vigore le disposizioni del dritto romano, ed banno dichiarato indegno di succedere colui, che o avosse costretto il testatore a disporre, mentre non voleva, o a disporre diversamente di quello, che volova, oppuro che avesso vietato con violenza al defunto di faro testamento. (Art. 648 n. 3 e 4). Riproducendo poi la disposiziono del Codice Napoleone per la indegnità di colui, che fosse stato condannato per avere ucciso o tentato di uccidere il defunto, o dell'altro, che avesso promossa contra di lui un'accusa di delitto capitale, sopprimono la circostanza di dover essore l'accusa giudicata calunniosa. Di talchè mentre pel Codice Napoleone la causa dell'indegnità non stava propriamonto nell'accusa ma nella calunnia fatta al defunto, per le attuali Leggi civili l'indegnità sta nell'istessa accusa. Il cho è indubitatamente più morale; ed in effetti s'è esorbitante, cha profitti dello largizioni o della successiono del defunto colui, che lo ha calunniato, esponendola ad una pena capitale, è ancho contrario alle regolo della morale, che di questo largizioni o di questa successiono profitti quell'altro, che senza calunniarlo, ha nonpertanto promosso contra di lui un'accusa di delitto capitale. Il primo è un mostro, il secondo è un ingrato sino a compromettero la vita di chi lo ha beneficato. Nè d'altronde può essere impossibile nella depravazioni, cho presenta l'istoria dell'avidità delle ricchezze, cho il nefando desiderio di ottenere anticipatamente la successione abbia determinata l'accusa capitale.

Ritengono pure le attuali nostre leggi civili la causa d'indegnità dosunta dalla mancanza di denunzia dell'uccisione del defunto, ma circoscrivono a sei mosi dal giorno della scienza la necessità della denuncia, ed eccettuano espressamente il caso, in cui il Pubblico Ministero abbia procedute di uffizio. La prima modificazione è giustificata da una doppia ragione. La denunzia di un reato molto tempo dopo di essere stato commesso può farlo rimanere impunito per la dispersione delle pruove e della tracce, cho ha lasciato. Inoltre l'erede, che avendo conosciuta l'uccisione del defunto, si è rimasto per più di sei mesi senza denunziarla, ha dato pruova della sua indifferenza per la tragica fine del suo benefattore, ed ha reso manifesto, che non la gratitudine verso di lui ma la premura di non perdere la liberalità l'ha messo nella necessità giuridica di denunciare il misfatto.

La seconda modificazione è l'applicazione de' motivi, esposti dal nostro autore per sostenere, che ancho sotto l'impero del Cod. Napoleone il procedimento del Pubblico Ministero escludeva la necessità della denuncia da parte dell'erede.

Ma se il testatore ha egli stesso scusato il fatto, da cui sorgerebbe l'indegnità dell'erede, la legge non dev'essere più rigorosa di lui, epperò l'art 650 delle nostre Leggi civili dichiara, che l'erede, malgrado l'incorsa indegnità, può essere ammesso a succedere, quando il defunto espressamente lo avesse abilitato. Senonchè per assicurare ad una tale dichiarazione tutta la spontaneità o l'autenticità, delle quali abbisogna, l'art. 651 prescrive doversi fare la succennata abilitazione o con un atto autentico o con un testamento fatto con piena libertà.

Non diversamente dal codice Napoleone l'art. 649 dello citate leggi civili esonera dalla necessità della denunzia dell'uccisione del defunto gli ascendenti ed i discendenti dell'uccisore, gli affini nello stesso grado, il coniugo, i fratelli, le sorelle, i zii, le zie, ed i nipoti dello stesso.

Da ultimo semprepiù attenta la nostra nuova legislazione ad esonerare i figli dal soffrire le pene dello colpe de' loro genitori, ed a separare così l'innocente dal reo, dichiara con l'art. 653, non essoro di ostacolo a' figli dell'indegno la qualità del padre loro, sia cho succedono di proprio dritto, sia che per succedere abbiano bisogno di rappresentare il grado dell'indegno. Però privono giustamente costui dell'usufrutto legale, cho la legge accorda a' genitori su' beni de' loro figli minori.

Il traduttore.

(1) *Test, loc. cit.* cap. VI, sez. 3, n. 49.
(2) Pothier, *Pand.*, t. II, 442, n. 6.
(3) V. ancora Voet *ad Pand.*
(4) Lebrun, 3, 9, 11. Furgolo, VI, 3, 89. Merlin, Repert., v° *Indegno*. Toullier t. IV, n. 108.
(5) Einoccio, *Instit.* t. 1, p. 222, 223, 225, Toullier t. IV, n. 109.
(6) V. il Digesto nel Tit. *De S. C. Silaniano et Claudiano* Pothier, *Pand.* t. II, p. 261, n. 42.

eredi minori non erano soggetti a questa legge (1).

La giurisprudenza aveva dispensato il padre di perseguitare suo figlio, accisore del defunto, e reciprocamente; ed il fratello di perseguitare il fratello. Non si poteva pretendere, che de' parenti sì cari, e sì strettamente uniti pe' legami del sangue, chiamassero sulla testa gli uni degli altri la vendetta della legge e delle accuse sempre odiose. Il Codice Napoleone ha adottato su questa materia le idee morali del dritto romano. Nè è più necessario, che l'erede intervenga e perseguiti egli stesso l'uccisore. Il che poteva essere indispensabile in Roma, ove la vendetta pubblica apparteneva soltanto a ciascun cittadino individualmente; ma in Francia ove un Magistrato è specialmente incaricato di perseguitare i misfatti ed i delitti; basta, che l'erede denunci al Ministero pubblico o al Giudice d'istruzione l'omicidio commesso sul disponente. Ciocchè d'altronde esplicitamente risulta dalla parola *denunziare*, di cui si serve l'art. 727.

Secondo l'art. 728 non si può opporre l'omessione di denuncia agli *ascendenti, e discendenti dell'omicida, nè a' suoi affini nel medesimo grado, nè al marito o alla moglie nè ai suoi fratelli e sorelle, nè a' suoi zii e zie, nè a' suoi nipoti e nipote* (a).

578. La legge adopra ne' due articoli 727 e 728 le parole omicidio ed omicida, che sono essenziali, perchè provano, che non si deve denunziare l'omicidio, che in quantochè prende un carattere volontario, e che perciò non vi è necessità di riferire alla giustizia l'omicidio puramente involontario, che ha fatto perire il defunto.

Se il ministero pubblico ha cominciato dei procedimenti sul grido pubblico e prima della denoncia degli eredi, costoro, che veggono la giustizia impadronita del procedimento ed attiva, sono necessariamente obbligati di denunciare l'omicidio? Noi saremmo inclinati ad opinare per la negativa. Nell'antica giurisprudenza (2) non si faceva all'erede testamentario alcun rimprovero di silenzio, quando era stato prevenuto dall'erede legittimo, e non era stato intimato d'intervenire. E ciò indubitatamente perchè il misfatto, che aveva privato della vita il disponente, non essendo sepolto nell'oblio, lo scopo della legge era adempito. Sembra dover essere lo stesso, quando il ministero pubblico ha preso l'iniziativa. A che serve una denuncia, oramai inutile, quando quella del procuratore generale ha messo la giustizia in moto? La denuncia, che ordinariamente serve di fondamento all'instruzione, non è forse senza obietto, quando l'istruzione è di già cominciata? E siccome non si può ritenere, che la legge abbia voluto qualche cosa d'inutile, bisogna credere, che non ha inteso di colpire di indegnità quegli eredi, che vedendo le diligenze attive del ministero pubblico, si sono riposati su questo vendicatore della società.

579. I figli dell'indegno venendo alla successione del defunto per rappresentazione di questo indegno, sono indegni come lui (art. 730). *Nam ex radice infecta fructus non producitur*, come dice Peregrino in un'altra materia. Ma quando vengono in proprio nome e senza il soccorso della rappresentazione, non sono esclusi per la colpa del padre loro, perciocchè i reati sono personali: *Peccata igitur suos tenet auctores* (3).

Così se nel testamento del defunto vi è un legato pel figlio del suo assassino, questo figlio ne profitterà, perciocchè prende questo legato *jure proprio*, e non per lo soccorso del diritto, che potrebbe attingere nella persona di suo padre.

Tal era ancora l'opinione più accreditata nell'antica giurisprudenza (4).

580. Colui, che è indegno di succedere immediatamente, è ancora indegno di succedere mediatamente per mezzo di un terzo?

Per esempio, Tizio istituisce erede universale Sejo; quest'ultimo ha un figlio, che produce contro di Tizio un'accusa capitale giudicata calunniosa. Dopo la morte del testatore Sejo raccoglie la eredità. Si dimanda, se suo figlio potrà raccoglierla dopo di lui, benchè questo figlio abbia incorso la pena d'indegnità.

Codesta quistione ha diviso due grandi luminari del dritto, Bartolo in Italia, Cujacio in Francia; Bartolo pone come regola generale, che l'indegno non può succedere mediatamente, e si fonda sulla legge 9 D., *De jure fisci*. Ma Cujacio poggiandosi sulle leggi 5, § 7 e 7, *De his, quae ut indegn. aufer.* (5) tiene per massima, che l'indegno può succedere mediatamente, perchè come lo dice formalmente la stessa legge 7, *non principaliter in hereditatem succedit*. Cujacio cerca di conciliare queste due leggi con la legge 9 D., *De jure fisci*, alterando il testo di quest'ultima, e sostituendo una parola ad un'altra (6).

Furgole poco soddisfatto della maniera di correggere arbitrariamente la lettera della legge, tenta di mettere di accordo i differenti pareri, dicendo, che quando si tratta di misfatto atroce, l'indegno non può succedere mediatamente; ma che le leggi l'ammettono per mezzo

(1) L. 6, D., *Quae ut indig.* Pothier, *luog. cit.*

(a) All'art. 728 Cod. Nap. corrisponde, ed è uniforme l'art. 649 delle nostre Leggi civili. — *Il trad.*

(2) Merlin, Repert., v° *Indegnità* e *Testamento* p. 688.

(3) L. 22, C., *De paenis.*

(4) Furgole, VI, 3, 61 e seguente. V. ancora Louet, lettera S, somm. 20.

(5) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 444 e 447.

(6) 26, *observat.* 24. Cujacio sembra di avere abbandonata questa correzione nel suo comm. del Digesto *De jure fisci*, l. 9.

Digitized by Google

di un terzo, quando non si tratta di un misfatto atroce: E in effetti, egli dice, nelle leggi 5 e 7 si tratta soltanto di avere impugnato di falso il testamento (1).

Checchè ne sia di queste diverse conciliazioni, delle quali non può dissimularsi, che niuna soddisfa pienamente l'intelletto, siccome le leggi romane non hanno autorità su di noi, che in quanto sono conformi alla ragione, crediamo che nel silenzio del codice bisogna attaccarsi alla decisione delle leggi 5, § 7, e 7 qui sopra citate, indipendentemente da tuttociò che potrà dire la legge 9 D., *De jure fisci*; ed in effetti il terzo, che si trova messo tra l'indegno ed il defunto, vieta, che vi sia alcun rapporto successorio tra l'uno e l'altro. L'indegno non succede al defunto, ma all'intermediario, che ha acquistati i beni, gli ha fatti propri, e glieli trasmette come suoi. Per lo che non gli si può fare un rimprovero d'indegnità per una successione, alla quale non è chiamato, e dichiararlo indegno, senzachè abbia nulla fatto per incorrere in questo rimprovero relativamente a colui, che gli trasmette la sua successione. Ciò sarebbe estendere le incapacità ed andare contro lo stesso testo dell'art. 902 (2).

581. Tutt'i vizi d'indegnità, che abbiamo enumerati, sono passati in rassegna dal codice napoleone sotto il titolo delle successioni, e forse si potrà dire, non dover essere essi applicabili alle successioni testamentarie. Però codesto dubbio non sarebbe fondato, perciocchè ove vi è parità di ragione, vi deve essere parità di decisione. Il signor Merlin(3) pensa, che lo articolo 727 abbraccia tanto il successore legittimo, che l'erede istituito ed il legatario. Voet aveva provato sotto l'antica legislazione, tal essere pure lo spirito del dritto romano (4).

582. In quanto all'indegnità in materia di donazioni tra vivi bisogna vedere gli articoli 953 954 e 955; là sopratutto si manifesta la differenza tra l'indegnità e l'incapacità.

Articolo 903 — (819).

Il minore, che ha meno di sedici anni non potrà disporre in alcun modo, salvo ciò, ch'è disposto nel Capitolo IX del presente titolo.

Articolo 904 — (820).

Il minore pervenuto all'età di sedici anni non potrà disporre, che per testamento, o solamente sino alla concorrenza delle metà di quello, che la legge permette al maggiore di disporre (a).

SOMMARIO

583. Dell'età, nella quale era permesso di testare per dritto romano.
584. Diversità su questo punto ne'paesi di consuetudine.
585. La regola qui tracciata dal Codice soffre eccezione nel solo caso di donazione fatta dal minore, che si marita.
586. Nell'antico dritto i minori non potevano per regola generale, fare delle donazioni tra vivi. — Eccezione della consuetudine di Parigi in favore del minore emancipato.
587. Sotto del Codice i minori sono a tal riguardo colpiti da una incapacità assoluta, anche pendente il matrimonio.
588. Saggia precauzione della legge, che permette al minore di 16 anni di disporre per testamento della sola metà de' suoi beni.
589. È necessario, che in questo caso il minore abbia compiuto il suo sedicesimo anno?
590. L'emancipazione non cambia nulla alla prescrizione dell'art. 904.
591. Quale sarebbe la sorte di una disposizione testamentaria fatta da un minore di 16 anni, e che oltrepassasse la quantità, della quale gli era permesso di disporre per testamento?

COMMENTARIO

583. Siccome per testare occorre una certa maturità di giudizio, le leggi hanno dovuto occuparsi di determinare l'età, nella quale si presume di avere l'uomo acquistato il grado di ragione necessario per dettare le sue ultime volontà.

Così nel dritto romano l'impubere non poteva testare *ob defectum consilii* (5). Ma quan-

(1) VI, 3, 84.
(2) V. Mornac sulla legge ult., D., *De calumniat.* Henrys l. III, lib. 6, q. 20. Brodeau su Louet, lettera S, somm. 20, n.i 6, 7, 8. *Giornale delle Udienze*, t. I, l. 5, cap. 22.
(3) Repert., v° *Indignità.*
(4) *Ad Pand.*, t. *De his quae ut indig*, n. 6.
(a) Gli art. 819 e 820 delle nostre Leggi civili sono uniformi agli articoli 903 e 904 del Cod. Napoleone. *Il traduttore.*
(5) Instit., t. *Quibus non est permiss.*, § 1.

do aveva raggiunta l'età della pubertà fissata a 14 anni compiti per l'uomo ed a 12 anni compiti per la donna, aveva la facoltà di fare un testamento (1). A questa età il minore usciva di tutela, ed aveva soltanto un curatore, il quale curatore non poteva essergli dato suo malgrado (2). Il suo testamento era valido senza l'assistenza del curatore, anche quando ne avesse uno, imperciocchè il dritto di rivocare più tardi il testamento fatto in una età così poco avanzata sembrava un rimedio contro l'abuso di una sì grande concessione (3).

584. L'età, in cui era permesso di testare nel dritto consuetudinario, variava di molto, comechè secondo le località era determinata a 15, 16, 17, 18, 20, e 25 anni. Molte consuetudini serbavano un silenzio assoluto a tale riguardo, ed era una quistione molto controversa quella di sapere, se in tale silenzio bisognava seguire il dritto romano o la consuetudine di Parigi. Molti arresti giudicarono dapprima, che bisognava ricorrere al dritto scritto, ma questa giurisprudenza fu in seguito cambiata, e fu deciso, che spettasse la preferenza alla consuetudine di Parigi, comechè lo imparo della capitale estendeva di già la sua influenza, e la centralizzaziona si preparava(4). A' termini del suo art. 293 per testare de' mobili e degli acquisti immobili bisognava avere 20 anni compiti; per testare del quinto dei propri bisognav' avere 25 anni compiti (a).

585. Il Codice Napoleone ha fatto cessare tutte queste diversità. Il minore al di sotto di 16 anni non può in verun modo donare per testamento, ed a tal riguardo è colpito di una incapacità così radicale, come il furioso e l'imbecille in istato d' interdizione, salvo quello, ch' è riserbato al capitolo IX articolo 1095 relativamente alle donazioni fatte dal minore, che si rimarila (5) Si penserà, che con ragione il Codice Napoleone ha portato l'età, in cui è permesso di testare, ad un'epoca più innoltrata del dritto romano. Ed in effetti un ragazzo di 16 anni ha ben poca maturità per disporre de' suoi beni, e per darsi degli eredi diversi da quelli, che il sangue e la legge gli avevano destinato.

586. Per quel che riguarda la donazione tra vivi i minori per regola generale non potevano farne giusta l'antico dritto; perocchè avendo il benefizio della restituzione, quando soffrivano qualche pregiudizio, ed ogni donazione essendo una perdita pel donante (6), ne siegue, che ques'o genere di liberalità diveniva illusorio nelle loro mani. Il perchè era di regola, che il minore non potesse donare.

Il minore emancipato si trovava nel medesimo caso, dapoichè l'emancipazione altro non faceva, che restituire l'amministrazione, ma non faceva perdere il dritto alla restituzione in intiero. E poichè la donazione è un atto fuori dell'amministrazione, l'emancipato non ne poteva essere capace; « *quia donatio*, dice Cujacio, *non pertinet ad administrazionem rerum suarum, sed ad amissionem .... donatio nunquam fuit permissa minori, sive obtinisset veniam aetatis, sive non* (7).

La consuetudine di Parigi faceva solo un'accezione a questa regola, ed era permesso al minore emancipato di donare i suoi mobili, quando aveva 20 anni compiti (8) (b).

587. Dopo del Codice Napoleone i minori sono in tutta la Francia incapaci di fare della donazioni, dapoichè possono ben rendere migliore la loro condizione, ma la legge non permette, che la rendano peggiore (9). La donazione non è come il testamento, che può essere rivocato; non è soggetta a pentimento, obbliga irrevocabilmente, spoglia, nè si fa senza il concorso del donatario, che deve accettare.

Anche quando il minore fosse maritato, non potrebbe donare tra vivi, neppure al suo coniuge (10).

Indarno si direbbe, che le donazioni tra'

(1) L. 5, D., *Qui test. facere poss.*, l. 4. C., *eod.* Cajo, 1, comm. 196. Furgole, t. 1, IV, 1, 4.

(2) Instit., *De curat.*, § 2.

(3) Furgole, *luog. cit.*, n. 5. Hilliger *su Doneau*, VI, 5, nota 15.

(4) Furgule, IV, 2, 203 e seguenti. Coquille, *Instit. del Dritto franc.*, cap. *de' Test.* Argou, t. 1, p. 292.

(a) Nell' antico dritto patrio seguivasi sull' età necessaria per fare testamento il dritto romano, ma abbiamo accennato nella nostra nota alla pag. 190 quale fosse per la capacità di testare de' figli di famiglia il dritto consuetudinario. — *Il traduttore.*

(5) La donna può maritarsi a 15 anni compiti, l'uomo a 18 anni compiti. Art. 144, Cod. Nap. (*).

(6) *Donare est perdere*, dice Cujacio (comm. sul tit. del Codice Giustiniano *De donat.*). Per lo contrario i Filosofi dicono, che nel donare si guadagna, e Tito credeva di avere perduta la sua giornata, se non l'aveva segnata con un benefizio. Ma, dice d' Argentrée sulla consuetudine di Brettagna, titolo *De donationibus* : « *Il Giureconsulto non deve sempre vedere le cose* « *con lo stess' occhio del filosofo.* » Non già perchè la legislaziona e la giurisprudenza non debbono essere sempre accompagnate dalla fiaccola della filosofia ma quando i moralisti hanno così parlato, avevano per obietto di soffocare l'egoismo o l'ingratitudine nel cuore dell' uomo; per lo contrario i Giureconsulti hanno voluto premunirlo contra delle folli prodigalità, ed hanno reso la forma delle donazioni difficile e molesta, appunto perchè si doni con cognizione di causa, e si abbia sott'occhio tutto ciò, a cui uno si obbliga mercè la donazione.

(7) Cujacio sulla legge 39, D., *De administ et pericul. tutor.*, § *Ab eo*, lib. 5, *resp. Papin.* Furgole sull'art. 1 dell'ord. del 1731.

(8) Art. 262.

(b) L' antico dritto patrio non aveva portato veruna modificaziona su questo punto al dritto romano.

Il traduttore.

(9) Merlin, Repert, v° *Minore.*

(10) Cassazione, Ric. 12 di aprile 1843 (Devill., 43, 1, 273).

(*) Quest'articolo è stato modificato dalle nostre Leggi civili, e la donna può maritarsi a 12 anni compiti, l' uomo a 14. Art. 152. — *Il traduttore.*

Digitized by Google

coniugi non sono delle donazioni propriamente dette, e che a causa della loro rivocabilità partecipano del testamento, dapoichè questa circostanza non è sufficiente per sottrarre le donazioni tra' coniugi dallo classe delle donazioni tra' vivi. Ed in vero come si potrebbe confonderle col testamento, mentre non sono l'opera di una volontà unica, mentre hanno bisogno del concorso e dell'accettazione del donatario, mentre spogliano attualmente, quantunque *sub conditione* il donante (1)?

588. Epperò il minore può disporre unicamente per testamento; nol può in alcun modo per donazione tra vivi, e la maggiorertà per testare è oggi fissato a 16 anni.

Ma la sua capacità non è ancora piena ed intiera. Il legislatore diffida della sua inesperienza, della facilità, ove lo pone la sua gioventù, di cedere a delle suggestioni e delle impressioni straniere, senonchè non vuole privarlo intieramente di quella consulazione, così preziosa per l'uomo, di regolare lo impiego della sua fortuna dopo della sua morte, e di ricompensare coloro, che hanno ben meritato di lui. Per conciliare questi diversi interessi il nostro articolo permette al minore, che ha 16 anni, di disporre della metà di quello, che sarebbe disponibile per lui, se fosse maggiore. Tratteremo ne' numeri 803 e seguenti di molte quistioni, che si attaccano a questo punto, e si legano alle materia dello porzione disponibile.

589. È necessario, che il minore abbia compito il sedicesimo anno? A primo colpo d'occhio il termine *pervenuto* sembra indicarlo, essere sufficiente, che abbia toccata questa età. Ma bisogna combinare l'art. 904 con l'art. 903, che lascia nell'incapacità il minore, che non ha 16 anni. Colui, che ha 15 anni ed alcuni mesi, non ho sedici anni (2).

590. L'emancipazione non cambia nulla al precetto dell'art. 904, perciocchè quest'articolo dispone in generale; d'altronde l'emancipazione concerne soltanto l'amministrazione, come l'abbiamo detto nel n. 586.

591. Se un individuo minore fa un testamento, col quale dispone al di là della quota stabilita da la legge, la disposizione dev'essere ridotta alla quota disponibile nel momento della confezione del testamento, quando pure il testatore fosse divenuto maggiore nel tempo della sua morte; codesto riduzione deve operarsi su ciascuna delle disposizioni proporzionalmente (3).

Diciamo, che la disposizione dev'essere ridotta alla quota disponibile nel momento della confezione del testamento, quando pure il testatore fosse divenuto maggiore, e la ragione è semplice. L'art. 904 riguarda la capacità del minore, come lo provo la rubrica, sotto della quale è messo; stabilisce una regola di capacità, e non ha, che una relazione indiretta con la determinazione della quota disponibile.

Ciò premesso, è di regola che in tutto quello, che concerne la capacità, il testatore dev'essere capace di testare non solamente nel momento, in cui muore, ma anche nel momento dello confezione del testamento (4).

E poichè nel momento del testamento il testatore era minore, poichè non poteva manifestare una volontà legale, tranne che su di una limitata porzione de' suoi beni, e che pel dippiù era incapace, ne siegue, che tutte le sue disposizioni per questo dippiù, non possono acquistare l'esistenza *ex post facto*, e che nulle in principio hanno continuato ad esserlo in prosieguo.

Il che è stato deciso dalla Corte di Cassazione con un arresto de' 30 di agosto 1820 renduto a rapporto del signor Zangiacomi (5), e questa dottrina è abbracciata dal sig. Merlin, che dopo di essersi proposte molte obiezioni e molti dubbi, termina col riconoscere, che l'arresto dello Corte Suprema è solido e luminoso (6).

ARTICOLO 903 — (821 e 215).

La donna maritata non potrà donare tra vivi senza l'assistenza o il consentimento speciale di suo marito, o senza esservi autorizzata dal Giudice conformemente a quanto è prescritto dagli articoli 217 e 219 del Titolo *del Matrimonio*.

Non avrà bisogno del consenso del marito, nè dell'autorizzazione del Giudice per disporre per testamento (a).

SOMMARIO

592. Della facoltà di donare nella donna maritata o maggiore. — Colpo d'occhio storico sull'incapacità della donna in dritto romano.

593. In Francia, ne' paesi consuetudinari, la moglie per donare tra vivi aveva bisogno dell'autorizzazione maritale, ma la maggior parte delle consuetudini

(1) Arresto precitato de' 12 di aprile 1843. *Infra* sull'art. 1096.

(2) L. 48, D., *De cond. et demonst.*

(3) Orléans (causa Poinloup), 7 aprile 1848, *G. del Palazzo*, 1848, 1, 732 (Devill., 51, 2, 409).

(4) Sopra n. 430.

(5) Devill., 6, 1, 310. Aggiungi Grenoble, 7 luglio 1811 (Devill., 3, 2, 518).

(6) Repert., v° *Testamento*, t. XVII, p. 641. Toullier, t. V, n. 85. Duranton, t. VIII, ni 175 e 188.

(a) Il primo comma di quest'articolo è riprodotto nell'art. 821 delle attuali Leggi civili, ed il secondo nell'art. 215 delle medesime legge. — *Il traduttore.*

le permettevano di testare senza di quest' autorizzasione.

594. Il Codice Napoleone, adottando lo spirito generale delle consuetudini, esige l'autorizzazione maritale per le donazioni tra vivi.

595 Permette pure alla moglie di testare senza quest' autorizzazione.

596. La moglie può col consenso del marito donare gli effetti della comunione? — Rinvio.

597. Chi può opporre la mancanza di autorizzazione maritale ad una donazione tra vivi fatta da una donna maritata?

598. Il consenso del marito dev' essere speciale. — Se il marito non è presente all'atto, il consenso dev'essere scritto e nella forma autentica.

COMENTARIO

592. Ho parlato oltrove di quel principio dell' antico dritto romano, che teneva la donna maggiore sotto la perpetua tutela dei suoi agnati (1), e non ritornerò su questo punto della storia. Ho pure leggiermente accennato i principali tratti della podestà maritale nelle diverse epoche dell' impero romano (2).

Per conseguenza di questa perpetua tutela le donne non maritate non potevano senza l'autorizzazione del loro tutore nè stare in giudizio, nè obbligarsi, nè fare veruno degli atti del dritto civile, nè alienare le loro cose mancipi, nè costituirsi la dote nel maritarsi (3); non potevano neanche testare, che con l'autorizzazione del loro tutore (4). Ma potevano donare senza autorizzazione le cose non mancipi, perciocchè a tale riguardo erano affrancate da ogni tutela, come ce lo insegna Ulpiano (5) eccetto le pupille, che non potevano alienare neanche le cose *non mancipi*, che *cum tutoris auctoritate*.

In quanto alla donna maritata, s' era stata unita a suo marito pel matrimonio, che si contraeva *per confarreationem* o per *coemptionem*, la sua condizione era anche più dura, dapoichè suo marito esercitava su di essa non già una tutela ma un dritto di podestà. La donna passava con tutt' i suoi beni nelle mani di suo marito, *in manu*; essa cessava di essere *sui juris*; non poteva possedere nulla; era in una parola dell' istessa condizione del figlio di famiglia, al quale non era permesso di testare, e che non poteva donare tra vivi, che con l'autorizzazione di suo padre.

A poco a poco la libertà delle donne prese degl' incrementi; e cessarono di essere soggette alla tutela dopo l'età della pubertà, onde non vi fu più su tale rapporto veruna differenza tra esse e gli uomini. Sin dal tempo di Giustiniano non rimaneva più verun vestigio dell'antica legislazione sullo stato di perpetua minorità delle donne. Per lo che le donne non maritate potettero donare liberamente e testare del pari. Esse potevano anzi testare più presto degli uomini, perchè erano pubere più presto, *quia et citius perfectionem sexui suo congruentem consequuntur* (6). Il Senatusconsulto velleiano, ch'esonerava la donna dalle sue obbligazioni onerose, non si applicava alla donazione: « *Senatus enim obligatae mulieri* « *succurrere voluit*, *non donanti*. *Hoc ideo* « *quia facilius se obligat mulier*, *quam ali-* « *cui donat* (7). » Questo è un tratto del carattere romano. Si teneva la donna per avara, e si supponeva, che se la sua debolezza poteva renderla facile a delle obbligazioni, che non ingeneravano nulla di attuale, la sua avarizia la rendeva forte contra la tentazione di donare.

Per effetto di questa medesima rivoluzione ne' costumi il matrimonio accompagnato dalla *manus* cadde insensibilmente in desuetudine, ed al tempo di Giustiniano la donna non passava più sotto il potere di suo marito (8). Essa non gli era più soggetta, che per de' doveri di rispetto, ed era tanto libera quanto lui di donare e di testare. Vi è anche dippiù; essa non aveva alcun bisogno di autorizzazione maritale per stare in giudizio o contrattare su' suoi parafernali, e questa giurisprudenza, comunque pessima, faceva legge ne' paesi di dritto scritto, spesso troppo docili alle imperfezioni del dritto romano; nè l'autorizzazione maritale vi era conosciuta (9).

593. Ne' paesi di consuetudine per lo contrario era un punto di dritto costante, che le

(1) Influenza del cristianesimo *sul dritto civile dei Romani*, cap. 10. Cajo, I, 115 e 190.

(2) Pag 312.

(3) Ulp., *Fragm.*, t. II, § 27. L. 7, D., *De tut. et curat dat.*

(4) Pothier, *Pand*, t. II, p. 173, n. 12. Originariamente quando i testamenti si facevano *calatis comitiis*, non potevano testare, perchè non potevano partecipare a' comizi. (*Pand.*, t. II, p. 173, n. 12), e che allora il testamento era un atto di dritto pubblico interdetto alle donne (L. 2, D., *De reg. juris*. Montesquieu, t. III, p. 269).

(5) *Luog. cit.*

(6) Hilliger *su Donenu*, VI, 5, 15

(7) L. 4, § 1, *in fine*, D., *ad S. C. Vell.*

(8) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 22, n. 12. Merlin, Rep., v° *Autorizzazione maritale*. Furgole, *Quist. sulle donat.*, quist. 25.

(9) Furgole, *Quest. sulle donazioni*, 24 e 25. V. Domat, Leggi civili, lib prelim., tit. II, sez. 1ª § 1. *Ad notam*, e la legge 6 Cod. *De revoc. donat.*, che prova, che la donna maritata poteva donare senza l'autorizzazione di suo marito. Una donna in effetti aveva fatto una donazione nell'assenza del suo sposo e voleva fare di questa assenza un mezzo per far rivocare la donazione: *Desine postulare, ut donatio, quam perfeceras, revocetur pretextu mariti absentiae cum hujus firmitas ipsius presentia non indigeat.* Sul dritto della moglie di disporre de' suoi parafernali senza autorizzazione. V. pure Domat, part. 1, lib. 1, tit. 9, sez. 4, § 2.

mogli non potevano nè obbligarsi nè contrattare nè presentarsi in giudizio senza l'autorizzazione de' loro mariti, anche per ciò. che concerneva i loro beni stradotali. E conseguentemente non potevano donare tra vivi, che con l'autorizzazione de' loro mariti.

Ma il dritto di testare era dal dritto comune sottoposto ad altre regole. Su tal punto le mogli erano libere ed affrancate per la ragione, che il testamento non potendo produrre effetto, che dopo la morte della moglie, e conseguentemente dopo la dissoluzione dell'unione coniugale, non portava verun pregiudizio agl'interessi del marito. Nondimeno talune consuetudini in piccolo numero esigevano anche per testare l'autorizzazione maritale (1).

594. Il Codice Napoleone si è accomodato allo spirito generale delle consuetudini sulla necessità dell'autorizzazione maritale, ed ha voluto, che la moglie non potesse spogliarsi in pregiudizio del marito ed a suo proprio pregiudizio con delle donazioni capaci d'impoverire la società coniugale, di cambiare la situazione della moglie, e di crearle de' legami e delle affezioni, delle quali l'autorità maritale ha dritto di prender conto. Epperò ha richiesto l'assistenza o il consentimento speciale del marito, o il permesso del giudice, che vi supplisca; ed ha anche richiesto quest'assistenza nel caso, in cui i coniugi fossero non comuni o separati di beni, o maritati sotto il regime dotale con de' parafernali (2) (a).

Questi principî sono applicabili al caso, in cui la donna, separata o no, si servisse della forma del dono manuale per fare la sua liberalità (3).

Pertanto quando la moglie è separata di beni, poichè può fare liberamente degli atti di amministrazione, può donare manualmente delle porzioni delle sue rendite senza l'autorizzazione maritale, purchè siano de' modici doni, che non sorpassono il circolo dell'amministrazione, e che abbiano una ragionevole causa (4).

595. Ma siccome l'interesse del marito non può ricevere verun danno da una liberalità, che non produce effetti, che dopo la morte della moglie e la dissoluzione della società coniugale, il Codice Napoleone, come la maggioranza delle consuetudini, ha permesso, che la moglie testasse senza il consentimento maritale.

596. Si è dimandato, se la moglie è capace di donare di accordo con suo marito gli effetti della comunione. Abbiamo esaminato altrove questa quistione e vi rinviamo (5).

597. Quando una donazione è fatta da una moglie senza l' autorizzazione maritale, bisogna conoscere chi può eccepire la mancanza di autorizzazione.

La soluzione da darsi discende da un principio, che abbiamo altrove stabilito (6), che la necessità dell' autorizzazione maritale è stata introdotta tanto a causa del marito, che nell'interesse della moglie, che bisognava salvare dalla sua propria debolezza, e dalla sua inesperienza degli affari. Da che segue, che la mancanza di autorizzazione può essere opposta dal marito o dalla moglie o da' loro eredi; tal' è la disposizione dell'art. 225 del Codice Napoleone (b).

598. Il nostro articolo esige che il consenso del marito sia speciale, il che è una conseguenza dell' articolo 223 (c), che dichiara ogni autorizzazione generale valida solamente *quoad administrationem*. Bisogna inoltre giusta l'articolo 217 la presenza del marito all'atto o il suo consenso in iscritto (d).

In quanto alla forma dell'autorizzazione vedremo nel corso dell'articolo 931, che questa autorizzazione dev'essere nella forma autentica come la stessa donazione.

(1) Merlin, Report., v° *Autorizzazione maritale*.
(2) Articoli 215, 217.
(a) L' art. 206 delle nostre Leggi civili contiene un secondo comma, concepito ne' seguenti termini.

« Nondimeno sarà valida anche senza autorizzazione » del marito la donazione, che la moglie farà ad alcuno « de' figli comuni o procreati da lei con altro antecedente matrimonio ».

Cosiffatte donazioni non possono incorrere negl' inconvenienti, che han determinata la necessità dell'autorizzazione maritale. Non vi è mai danno, che la Madre sia oltre misura liberale verso de' propri figli, e che dia loro anticipatamente quello, che dovrà loro pervenire in tempo della di lei morte; nè d'altronde il marito può ragionevolmente in questo caso sorvegliare il gratificato o richiedere il motivo della liberalità. L'affetto materno non deve avere controllo. — *Il traduttore*.

(3) Parigi 28 giugno 1851, 1ª Camera (Devill., 51, 2, 337: Palazzo 51, 2, 445) Il mio comm. del contratto di matrimonio, n.i 1417, e seguenti.
(4) V. l'arresto di Parigi precitato. Forse va un poco troppo lontano ne' suoi motivi, ma del resto si rimarcherà, che si trattava di una madre, che aveva pagato con de' doni manuali i servigi di sua figlia.
(5) Comm. del *Contratto di matrimonio*, t. II, num. 903 e seguenti.
(6) Ibid., t. II, n.i 935 e seguenti.
(b) A quest'articolo corrisponde l'art. 814 delle Leggi civili. — *Il traduttore*.
(c) Uniforme all'art. 223 del Cod. Nap. è 212 delle dette Leggi civili. — *Il traduttore*.
(d) L' art. 206 delle Leggi civili nel primo comma corrisponde all' art. 217 del Codice Napoleone.
Il traduttore.

ARTICOLO 906 — (822).

Per essere capace di ricevere tra vivi basta di essere conceputo nel momento della donazione.

Per essere capace di ricevere per testamento basta di essere conceputo nell' epoca della morte del testatore.

Nondimeno la donazione o il testamento non avranno il loro effetto, che in quanto il fanciullo sarà nato vitale (a).

SOMMARIO

599. Ragione della differenza tra la donazione ed il testamento in quanto all' epoca del concepimento del gratificato.
600. Finzione di dritto, che vuole, che il fanciullo conceputo sia riputato nato, quando si tratta del suo vantaggio; — a condizione però, che nasca vitale.
601. Delle due condizioni necessarie, onde il fanciullo sia risguardato come vitale — 1.ª *condizione*: bisogna, che sia nato nel termine fissato dalle leggi civili.
602. 2.ª *condizione*: Bisogna che sia *perfecte natus*, o che dia de' segni certi di vita.
603. Se il fanciullo è nato a termine, ha per lui la presunzione di vitalità.
604. Poco importa, che il fanciullo sia stato messo al mondo naturalmente o per l' operazione cesarea — Opinione esagerata di Zacchias in quest'ultimo caso.
605. Il porto mostruoso non è contato nel numero dei fanciulli.
606. Come si calcolerà, se il fanciullo nato vitale era oppur nò conceputo al momento della donazione o della morte del testatore? — Diversità di decisioni in occasione di un editto di Adriano. — Regola tracciata dal Cod. Napoleone negli art. 288, 296 e 312.
607. Il disponente può gratificare sotto forma di condizione un fanciullo da nascere dopo della sua morte? — Affermativa ammessa prima dell'Ordinanza del 1735. — Lettera ragionata del Cancelliere d'Aguesseau sulla disposizione di questa ordinanza, che adotta la negativa. — Il Codice ha risoluto la quistione nel medesimo senso dell'ordinanza.
608. Esame critico dell'argomentazione di d'Aguesseau.
609. Continuazione.
610. Continuazione.
611. La disposizione dell' art. 906 su questa quistione si giustifica facilmente per l'incertezza, che l' instituzione de' fanciulli da nascere fa librare sulla proprietà.
612. Il legato fatto ad uno stabilimento religioso, la cui esistenza è stat' autorizzata solamente dopo la morte del testatore, è valido? — Nel caso, in cui il legato è fatto ad una riunione di suore, che sono distaccate dalla società-madre autorizzata, questo legato è riputato fatto allo Stabilimento principale, con destinazione speciale alla località, ove queste suore sono delegate.
613. *Quid* nel caso, in cui Pietro avendo donato 10 mila franchi alle suore del Sacro-Cuore, che si stabiliranno a Parigi tra 20 anni, viene a morire primachè questo stabilimento sia stato creato? — Validità di questa disposizione.
614. Nicole si oppone alla validità di un legato fatto ad un terzo col peso di farne profittare una persona non ancora conceputa al momento della morte del testatore. — Esempio.
615. Altri esempi.
616. Che si deve intendere con queste parole dell' articolo 906 *al momento della donazione*? — Si tratta del momento della redazione dell'atto o del momento dell'accettazione?
617. Il concepimento del fanciullo non è necessario nel momento della redazione dell atto.

COMENTARIO

599. Il nostro articolo può riassumersi in poche parole. Per la donazione bisogna essere conceputo nel tempo, in cui vien fatta, ma per quanto concerne il testamento, basta di essere conceputo all' epoca della morte del testatore. La ragione di questa differenza viene da che la donazione importa abbandono presente, e che non si può abbandonare, se non a favore di una persona di già esistente, mentre il testamento ha solo effetto in morte di colui, che lo ha fatto, e che unicamente in quest' epoca impossessa l' istituito (1).

600. Presso i Romani come presso di noi il momento del concepimento è stato sempre assimilato alla nascita: « *Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse* (2). *Antiqui libero ventri ita provexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent* (3) ». Per una finzione favorevole il dritto vuole, che quando si tratta dell' utile di una persona, il concepimento venga considerato come la stessa nascita (4).

Il figlio conceputo nelle epoche richieste dall' articolo 906 ha dunque tutti i suoi dritti

(a) L'art. 822 delle LL. CC. corrisponde all'art. 906 del Cod. Napoleone, se non che il nostro contiene un terzo comma, che manca nel detto art. del Cod. Napoleone, e ch' è concepito ne' seguenti termini: « Sono eccettuate da questa regola (dal dover essere conceputo all' epoca della morte del testatore) le persone contemplate nelle sostituzioni fedecommessarie ne' casi permessi particolarmente dalla legge ». — *Il tradut.*

(1) Domat. *Leg. civili* 3, 1, 2, 23.

(2) L. 26, *De stat. homin.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 712, n. 134.

(3) L. 3, D., *Si pars haered. pet.* — Aggiungi, l. 187, D., *De reg. jur.* l. 141 e 153, D., *De verb. signif.*

(4) *Dicimus hoc fieri fictione quadam, qua habetur pro nato cum de commodis ejus quaeritur* (Cujacio *Quaest. Papin.*, l. 19. *Ad leg.* 9, D., *Ad leg. falcid*).

Digitized by Google

riserbati pel momento della nascita, ma questi dritti non gli sono devoluti, che sotto la tacita condizione, che nascerà vitale (art. 906). *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt* (1). D'onde l'adagio; *idem est non nasci, et natum mori*.

601. Ma quando il fanciullo è considerato nato vitale (*vitalis*)? Due condizioni sono assolutamente necessarie: la prima, che sia nato nel tempo fissato dalle leggi civili; la seconda che sia *perfecte natus*, e che dia dei segni certi di vita (2). Vediamo la prima condizione.

La medicina presso gli antichi e presso i moderni si è occupato di determinare l'epoca, in cui l'uomo nasce con tutti i germi della vita. Il nono mese è ordinariamente quello, in cui la natura mette lo sgravo; è questo il perfetto termine della gravidanza, e lo sgravo, avvenuto a tal'epoca, siegue la regola assegnata alle nascite dal corso abituale delle cose. Però vi sono delle nascite anticipate, che non sono meno perfette, e che producono dei figli dotati di una forza di organi, che loro assicura una luaga carriera. Se ne veggono degli esempi ogni giorno, e niuno ignora adesso, che l'uomo nato a sette mesi è così perfettamente valido come l'uomo nato a nove. Gli antichi avevano riconosciuto questo fenomeno nella loro medicina legale: *Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est, propter auctoritatem doctissimi viri Hyppocratis* (3). Lo stesso Ippocrate aveva pure deciso, che un parto nato il cento ottantunduesimo giorno, vale a dire nel cominciamento del settimo mese veniva a termine con tutti i principî della vita, e l'opinione di questo celebre medico era stata consacrata dalla legge 3, §. 12, D., *De suis et legit. hered.*, che faceva regola in Francia prima del codice Napoleone. Ma oggi dopo la promulgazione dell'articolo 312 bisogna tenere per fermo, che il fanciullo nato il cent'ottantesimo giorno è vitale (4). Tutto ciò, che viene alla luce prima di questo termine è un aborto (*partur abortivus*), vale a dire una creatura inerte, non più animata dal soffio della vita.

602. Però non basta, che il parto abbia raggiunto questo termine legale, ma è d'uopo ancora, che sia nato vivente, perciocchè *idem est non nasci, et natum mori*. Bisogna come dice a Caranza, che *vivus totus procedat*.

L'esistenza della vita deve manifestarsi per mezzo di segni esteriori, che non lasciano dubbio. Secondo l'espressione di Brodeau (5) il fanciullo deve respirare e muoversi, non per un movimento di palpitazione, ma per un movimento fisico e naturale; il vagito non è una pruova assolutamente necessaria (6), comunque sia uno degli indizi più certi della vita (7). Tal era altresì l'avviso dei Sabiniani, e Giustiniano l'ha adottato (8). La vita non si manifesta necessariamente col grido della creatura.

Che se il fanciullo non aveva, che qualche palpitazione o qualche sentimento di calore, che lo fece muovere un poco, è certo, che non potrebb'essere considerato come vitale. Nascere vitale non significa venir fuori ed esalare il resto di un soffio di vita, che, il fanciullo aveva quasi perduto nel seno della madre, ma è d'uopo, che sia nato col potere di conservare la vita, con la perfezione degli organi, che ne fa adempiere le funzioni, in una parola, che sia *perfecte natus*, come lo dice la l. 3, C. *De post. hered.* (9).

603. Se si elevassero delle contestazioni sulla vitalità del fanciullo, la pruova potrebb'esserne fatta dalla levatrice o dell'ostetrico, a mercè i chiarimenti, che potrebbero dare le persone presenti al parto.

Spetta a colui, che sostiene, non essere il parto vitale, a farne la pruova secondo a Caranza ed una folla di Dottori, che cita, perciocchè quando il fanciullo è venuto a termine, ha per lui la presunzione di vitalità.

604. Importa poco, che il fanciullo sia venuto al mondo per lo sforzo naturale di sua madre, o che sia stato tratto dal di lei seno per l'operazione cesarea (10). E certo, ch'è capace degli effetti civili, purchè però sia nato viveate e come dice a Caranza *aptus partui naturali, et ut naturaliter vivere possit*, dapoichè non può essere di migliore condizione del fanciullo nato naturalmente (11).

Zacchias, giureconsulto e medico romano, che può considerarsi come il padre della medicina legale (12) esige, che il fanciullo venuto al mondo per mezzo dell'operazione cesarea, sia vissuto per lo meno 24 ore per poter essere riguardato come vitale. *Nisi vixe-*

(1) L. 129, D., *De verb. signif.*

(2) Tal'è l'opinione del dotto a Caranza, nel suo sapiente trattato *De partu naturali et legitimo*. « *Non sufficit*, egli dice, *quoad effectus civiles, nasci quem legitimo tempore, puta 7° aut 9° mense, nisi vivus totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium* » (V. pure il *Trattato della rivocazione delle donazioni* al seguito di Ricard Cap 6) Furgole *De testament.* t II, p. 418, a comment. sull' art. 39 dell'Ordin del 1731. Ricard *Disp. condit* n. 486 e seguenti e Brodeau su *Louet*, lettera *E* somm 5.

(3) L. 12, D., *De stat. homin.* V. su di ciò Plinio VII, 4, — Cicerone nelle sue lettere ad Attico si rallegra della facilità, con la quale la sua figlia Tullia si è sgravata a 7 mesi (X *Epist ult.*).

(4) Merlin, Repar., v. *Legittimità*, p. 233.

(5) Lettera *E*, somm. 5.

(6) L. 3, C., *De postum. haered. instit.* V. ancora l. 2. — Furgole VII, 6, 143.

(7) Gotofredo sulla l. 3 precitata.

(8) L. 3 precit. — Doneau su questa legge n. 8.

(9) Trattato della *Rivocaz. delle donaz.*, cap. 6.

(10) Ulp. l. 141, D., *De ver signif.* — Pothier, *Pand.* t. III, p. 670.

(11) Furgole, VII, 6, 146.

(12) *Quaest. medicolegales*, lib. 9. t II, quaest. 1, n. 23.

vit per viginti quatuor horas, non debet pro vitali haberi, nec ad ereditatem admitti. Ma questa opinione è esagerata, perocchè basta, che il fanciullo sia vissuto, ed abbia manifestato de' segni di esistenza per mezzo di movimenti fisici e naturali.

605. Secondo la legge 14, D., *De statu homin*, e la legge 135, D., *De verb. signif.* il parto mostruoso non è contato nel numero dei fanciulli; nè può godere di veruna capacità per ricevere (1) dapoichè la sua esistenza è contro natura. *Invita natura nascuntur sic, et vivunt*, dice Zacchias (2).

606 Si tratta ora di fare conoscere come si calcolerà per sapersi, se il fanciullo, nato vitale, era o no concepito in tempo della donazione o della morte del testatore. Tutto verrà deciso dall'epoca della nascita. Nè bisagna credere, che nove mesi siano il più lungo termine, che possa decorrere tra la nascita e l'epoca della donazione o della morte del testatore. Tutti conoscono, che l'epoca dello sgravo può essere più o meno ritardata da mille cause occulte, delle quali i fisiologisti hanno riconosciuta l'esistenza. I libri di medicina ci forniscono molti esempi di nascite avvenute nel decimo mese (3), ed Aulo Gellio parla di un editto col quale l'Imperatore Adriano conformemente all'avviso de' medici e de' filosofi del suo tempo, dichiarò, che il fanciullo nato nell' undecimo mese del suo concepimento era considerato legittimo (4).

Nell'antico dritto si ammetteva senza difficoltà, che lo sgravo poteva essere ritardato sino al decimo mese (5); ma siccome l'editto di Adriano non era stato inserito nella compilazione del dritto, vi era una grande varietà di giurisprudenza sulla quistione, se il fanciullo nato nell'undecimo mese fosse legittimo(6). Cujaccio pensava sul fondamento della Novella 9, cap. 2, che il fanciullo nato l'undecimo mese non fosse legittimo. « *Undecima men-* « *se a morte mariti genitus non est legiti-* « *mus ex Novella* 39 (7) » o questo era pura il parere di Furgole (8).

Il Codice Napoleone non poteva mancare di occuparsi della quistione, e l'ha tagliata nei due casi; ha fissato a 300 giorni il termine ordinariamente più lungo della gravidanza (articoli 228, 296, 312 (a)), sicchè il fanciullo nato il trecentesimo giorno è legittimo, ed appartiene di dritto al matrimonio.

Ma se il figlio nasce dopo 300 giorni, la legittimità è dubbia, e l' art. 315 autorizza a contestarla. Tuttavia prendendo in considerazione certe circostanze straordinarie, che s'incontrano talvolta nella natura, vuole, che il Giudice esamini i fatti, e che la legittimità possa riuscire trionfante dagli attacchi, che sarebbero unicamente fondati sopra false apparenze. Imperciocchè la natura può derogare le sue proprie leggi, e vi sono dei fenomeni straordinari nelle sue opere (9). Il Codice Napoleone ha voluto lasciare a' Magistrati la latitudine di tenerne conto, onde essendo la nascita la posteriore ai 300 giorni, si esamineranno la circostanze.

Tutte queste presunzioni, sebbene messe dal Codice nel titolo *delle Persone*, sono applicabili in materia di successione e di donazione (10); dapoichè fondate sulla natura e l'osservazione, formano una legge generale, di cui la ragione s'impadronisce.

607 Arriviamo ora ad un punto importante, e dimandiamo, se il disponente potrebbe gratificare sotto forma di condizione un fanciullo da nascere dopo della sua morte; in altri termini la condizione *si nascatur* è proscritta dal nostro articolo, quando si realizza dopo la morte?

L'affermativa non è dubbia. Nondimeno in altri tempi la giurisprudenza fondata sulla legge 64, D., *De hered. instit.* aveva per lungo tempo deciso, che si poteva donare per donazione o per testamento al fanciullo da nascere (11). Si diceva essere una tale disposizione condizionale, o che perciò bastava, che il fanciullo fosse capace nel momento dell'adempimento della condizione (12).

Ma l'Ordinanza del 1735 (art. 49) cambiò questo punto di dritto, e volle, che in niun caso, sotto di alcun pretesto si potesse istituire il fanciullo nè nato, nè concepito.

La ragione veniva spiegata dal Cancelliere d'Aguesseau in una lettera ragionata al Parlamento di Provenza (13), della quale ecco il riassunto :

La prima delle capacità ed il fondamento delle altre è l'esistenza, onde colui, che non esiste, non potrebbe essere capace d'una successione testamentaria; nè l'argomento, che si trae dalle disposizioni condizionali distrugge questo principio. Dapoichè sebbene l'adempimento della condizione produce un effetto retroattivo, e che per una favorevole finzione si

(1) Aggiungi la legge 3, C, *De postum. haered instit* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 670.
(2) *Loc. cit.*, 7, 1, 7.
(3) Furgole li cita VII, 6, 137. V. Zacchias, 1, 2. Francesco Moriceau, *Della malattia delle donne gravide*, lib 2. cap. 1.
(4) III. 16. V. pure Plinio VII. 4.
(5) L. 3, § 11, D., *De suis et legit. haered.*
(6) Ricard. *Dispos. cond.* n. 492. Merlin, Repert. v. *Legittimità* p. 155, 156. Furgole VII, 6, 139. Brodeau *su Louet*, lettera *E* somm. 5.
(7) Trattato *De diversis tempor. praescrip*, c. 19.
(8) VII, 6, 139.
(a) Corrispondono agli articoli 156, e 234 delle nostre leggi civili. — *Il trad.*
(9) Cuvier nelle sue note su Plinio (edizione Panck. t. VI, p. 172), sembra riconoscere, che la nascita ad undici mesi non è impossibile.
(10) Cassaz., 8 febbraio 1821 (Devill., 34, 1, 668).
(11) Brodeau *su Louet*, lettera D, somm. 51. Furgole, VI, 1, 6. Domat, 3, 2, 1, 2, 22.
(12) V. su questo punto sopra, n. 439.
(13) 23 novembre 1737, t. IX, p. 457.

Digitized by Google

suppone, che l'erede istituito ero capoce nel tempo della morte del testatore, non ne siegue, che codeste regole possano estendersi al caso in quistione, comechè esse sono state introdotte per supplire semplicemente una capacità accidentale e puramente civile, ma non sono applicabili, quando si tratta d'una incapacità assoluta, d'una incapacità naturale ed essenziale, che si vuol fare disparire. Nè la finzione oè lo legge hanno la forza di vincere lo noturo.

Ma rimarchiamolo bene: l' ordinanza del 1735 proibivo soltanto l'istituzione de'fanciulli da nascere, senza victare i legoti particolari, le donazioni, i fedecommessi fatti a' fonciulli da naseere (1); e D'Aguesseau nè dice pure il motivo (2):

« Non si debbono paragonare i legati ed i « fedecommessi nè le donazioni tra vivi fatte « a delle persone nate o da nascere coo l'in« stituzione di crede. Ne'due primi easi di di« sposizione vi è sempre in tempo della morte « del testatore o nell'istante della donazione « noo persona esistente, che raccoglie la suc« cessione, o che accetta la donazione, e che « profittando della liberalità del testatore o del « donnote, noo può ricusare di adempiere in « seguito le disposizioni, che gli vengono im« poste. Ma nel caso d'institutione di un'ere« de, che non è nè nata nè concepito io tem« pa della marte del testatore, la disposizione « coglie intieramente nel falso, l'instituzione « si aonullo di dritto per mancanza di esisten« za della persona instituita, ed io vano si « vuole risuscitarla in prosieguo nel tempo del« la nascita dell'erede istituita, perciocchè aoo « è possibile di fiogero, che abbia esistito pri« ma di essera. »

Per parlare francamente questo sistema mancava di logica. Se le ragioni foodamentali date da d'Aguesseau (per provare che la regola della retroattività delle condizioni non è applicabile al caso di non esistenza) sono vere, giuridiche, incontestabili, debbono domioare tutt'i casi, il caso del legato e della donazione, come quello della istituzione di erede. Senza dubbio avranno un grado di forza maggiore relativamente all'instituzione di crede, perchè l'instituzione di crede, quale i Romani la concepivano, ed era ammessa oe' paesi di dritto scritto, noo doveva essere sospesa, e dovev'overe il suo effetto dopo la morte del testatore (3). Ma essendo ottinte oel foodo del drittò, haano sempre per se sole un grado di autorità intrinseca molto grave per far piegare al loro impero ooebe i casi, ne' quoli gl'incoovenieoti erano meoa forti.

Il Codice l'ha conosciuto, ed ha generolizzata la disposizione dell'art. 49 dell'Ordioonza del 1735, opponendo uno stesso ostacolo a tutta le liberalità di qualsivoglia natura a favore de'faociulli da nascere; ed in ciò ha messo nelle sue disposiziaai più armaoia dell'Ordinanza del 1735.

608 Lo dirò nonpertanto? Non considero come fortissima l'argamentazione, per la quale, d'Aguesseau nega la legalità della condizione. «*Si filius nascatur*»; nè veggo perchè questa condizione verrà privata dell' effetto retroattivo, che appartieoe all'adempimento di tutte le condizioni. Vedremo nell'art. 1048, ch'è ammessa dalla legge nel caso di sostituzione; dunque noo è offetta di un vizio radicale. Ed invero perchè dovrebb'esserla, se oon è contraria nè all'ordioe pubblico nè a'buaoi costumi? (4).

609. Si dirà forse, che il fanciullo da nascere è persona ioeerta? Si poteva così decidere ne'tempi di Caja(5), mo queste sottigliezze sono da lungo tempo ricoaosciute inammessibili (6), e la rettitudiae dalla oostra giurisprudenza le respinge (7). Tutti saono al dì d'oggi, non essere oeeessario, che il testatore conosca la persona, che gratifica, e basta essere certo, che la liberalità noo vado a disperdersi sulla testa di uno persona, che non aveva in mente.

610. Io quaato alla distinzioae di d'Aguesseau tra le iocapacità occidentali e civili e le incapacità naturali, credo, che meriti il rimprovero di sottigliezzo, che il celebre Cancelliere dirige alla tesi contraria. Si conviene, che il testatore può istituire una persona incapace per lo momeoto, in cui diverrà capace. Si conviene, che per mezza d'una disposizione condizionale può egli fare, che la capacità non sia presa nè richiesta, che nel momeato della scadenza della condizione, e noo nel momento della morte di esso testatore (8). Se questa regola è vera, perchè non sarebbe applicabile al fanciullo da nascera? Senz' aleun dubbio bisogna essera nata o concepito per essere gratificato; l'esistenza è la prima delle condiziani, e se la persona gratificata puramente e semplicemente non esiste, la disposizione oon verrà nulla per effetto di una impossibilità radicale. Ma quando la disposizione è fatta sotto la condizione della nascita di un fanciullo, che non esiste ancora, noo è lo stesso, perchè la nascita realizza la condizione. Il fanciullo esiste, ed esiste nel momeoto richiesto in materia di condizioni; noa vi è più impossibilità; tutto diviene semplice, razionale, evidente (a).

611. Ricoooseo tuttavia, che al di fuori di

(1) Furgole, VI, 1, 7.
(2) Lettera precitata, p. 164.
(3) Furgole, *luog. cit.*
(4) V Cujacio, *consult.* 50 e 53. Hotman, *quaest. illust.*, 6. Brodeau *su Louet*, lettera D, somm. 51. Domat, *luog. cit.* Dumoulin, cita pure Brodeau.
(5) Il, comm. 241 e 242.

(6) Instit, *De legat.*, 26.
(7) Sopra n. 544.
(8) L. 62, D, *De haered. instit.* (Modest.).
(a) Per raccogliere una liberalità bisogna esistere *naturalmente* nel tempo della donazione o della morte del testatore, e bisogna inoltre esistere *giuridicamente*, vale a dire avere la capacità di ricevere, o per dir me -

Digitized by Google

tutto ciò esiste una buonissima ragione, per giustificare il nostro articolo, ed è la incertezza, che l'instituzione de'fanciulli fa librare sulla proprietà, la quale considerazione ha una gran gravità. Dappoichè il Codice Napoleone così nell'interesse delle parti, che in quello dei terzi e di una buona economia sociale non ama il dubbio nella trasmissione de' beni. Da per tutto si mostra diffidente contro le volontà, che mettono i beni fuori di commercio, e che nuocciono con ciò al loro miglioramento ed allo sviluppamento della ricchezza. Il perchè ha veduto con disfavore una maniera di disporre, ch'è pieno di sospensioni e di aspettative. Per esempio ha temuto di vedere rinascere quelle liberalità fatte al un fanciullo da nascere da un uomo non maritato (1); liberalità, che con molte altre di questo genere così esagerato nelle loro combinazioni, avevano messo tante difficoltà negli affari della famiglia prima dell'Ordinanza del 1735. Tal' è secondo me la spiegazione del nostro articolo, nè è necessario di porsi la mente alla tortura per attribuirlo a quelle impossibilità di dritto, che per lo meno sono molto dubbie.

612. Abbiamo veduto, che nella verità dei principî, quali sono proclamati dal dritto romano e dal dritto francese, non si avrebbe veruna seria ragione per contestare la validità di un legato così concepito: « Dono 50 mila franchi alla Congregazione di . . . . . se viene ad essere autorizzata dal governo. La quale disposizione equivale a quella della legge 62 D., *De hered. instit.* » *Cum capere potuerit.*

Sarebbe lo stesso, se il legato invece di contenere la condizione espressa, di cui si è parlato, la contenesse implicitamente. Come per esempio quando il testatore volendo gratificare una congregazione religiosa, che al momento del testamento ha soltanto un'esistenza di fatto, ma nutrendo il pensiero di regolarizzare il suo stabilimento con l'ottenere posteriormente l'autorizzazione, fa in suo favore una disposizione di ultima volontà; in questo caso è chiaro, che il testatore ha sottinteso la condizione *cum capere potuerit*; la quale è una di quelle condizioni implicite, *quae insunt*, come dice la legge romana. E quando interviene l'autorizzazione del governo, il legato è valido *ab initio* per l'effetto retroattivo annesso alla realizzazione delle condizioni.

Queste verità sono state sconosciute da un arresto della Corte di Douai de' 30 di giugno 1851, di cui ecco la specie:

Il signor Lefebre de Trois-Marquets, Consigliere della Corte di Douai, avea per testamento notariale de' 24 di gennaio 1843 fatto tra gli altri legati la seguente disposizione: « Dono « e lego alla Casa delle Dame della Carità « d'Arras la nuda proprietà de' beni immobili « e rendite senza eccezione, che posseggo a « Lislers e contorni a fine di riunire per le Da- « me della Carità di Arras il godimento della « nuda proprietà di detti immobili e rendite a « cominciare dall'estinguimento dell'usufrutto, « che ne ho legato a mia moglie. »

Il testatore era morto il 29 di quel medesimo mese di gennaro.

Il 24 di aprile seguente veniva dimandato al governo l'autorizzazione di questo legato. Su tale dimanda veniva impartita il 6 di marzo 1847 una Ordinanza reale, che accordava l'autorizzazione necessaria alla Superiora generale delle suore della Carità di S. Vincenzo di Paola, congregazione religiosa, di cui la Casa d'Arras non era, che una succursale, e ch'esisteva legalmente dagli 8 di novembre 1809. Con la stessa Ordinanza la Casa di Arras era autorizzata come Stabilimento dell'ordine della congregazione delle Suore della carità di S. Vincenzo di Paola.

Sul rifiuto dell'erede di consentire all'esecuzione del legato, fu diretta contra di lui una dimanda di rilascio in data da' 22 di marzo 1849 in nome della Superiore generale dell'ordine di Parigi e della Superiora locale dello Stabilimento di Arras.

Questa dimanda fu rigettata in prima istan-

glio non trovarsi in uno di que' casi di eccezione, nei quali si è incapace assolutamente o relativamente. Ora la prima di queste due necessità, vale a dire l'esistenza naturale, non può essere supplita da veruna finzione, perciocchè, come dice d'Aguesseau, non è possibile di fingere, che uno sia esistito prima di essere. Nè l' obbiezione, che si ricava dall'art. 1048 del Codice Napoleone, simile all' art. 1003 delle nostre Leggi civili, ci sembra fondata per la ragione che nel caso di quell'articolo, come in ogni altro di fedecommesso vi è un beneficato in prim'ordine, che raccoglie la liberalità direttamente dalle mani del disponente per trasmetterla ad un altro beneficato, che non esiste nel momento della donazione e della morte del testatore. È vero, che in questo caso il beneficato in secondo ordine raccoglie la liberalità, tuttochè non esisteva nè nell'uno nè nell'altro di que'due tempi voluti dalla legge, ma è vero altresì, che questa è una eccezione fatta dalla legge alla regola generale, con la quale non finge già l'esistenza di colui, che non è, ma permette, che il disponente si valga dell' intermedio di una persona esistente per gratificare una, che non ancora esiste, e che appunto perchè non esiste, non può gratificare direttamente.

La seconda necessità poi, ossia l'esistenza giuridica, può essere supplita per effetto di finzioni, comechè non v'ha nulla di contrario alla natura di fingere giuridicamente capace quello, ch'è giuridicamente incapace.

La capacità è un attributo, è un modo di esistere, che richiede indispensabilmente, che il subietto esista realmente; il nulla non è capace nè di attribuiti, nè di modificazioni. Epperò quando la persona gratificata esiste, e sia per lo momento incapace, la legge può sospendere di pronunziare la inutilità della disposizione che lo gratifica per quando diverrà capace, perchè può fingere senza infrangere le leggi della natura, senza usurpare alla Divinità il potere della creazione, che quella tale persona avesse nel tempo richiesto l' attributo giuridico, di cui mancava, e che ha posteriormente acquistato. Ma da questa facoltà di fingere l'attributo o l'esistenza giuridica non si può argomentare per sostenere, che si poss'anche fingere l'esistenza naturale del soggetto, cui l'attributo si poggia. — *Il traduttore*

(1) Lettera precitata di d' Aguesseau.

Digitized by Google

za, e sull'appello la Corte di Douai ebbe da giudicare le due seguenti quistioni.

L'esistenza dello Stabilimento delle Dame di Arras non essendo stata autorizzata, che dopo la morte del testatore, il legato è valido?

Questo legato può essere riputato fatto alla congregazione-madre, dell'a quale la casa delle Dame di Arras non era, che una succursale, e ch'era regolarmente autorizzata dopo il 1809?

Su queste due quistioni la Corte di Douai rigettò la dimanda.

L'arresto dapprima stabilì in principio, che la capacità del legatario si regola nel momento dell'apertura della successione, e ricusò di ammettere, che l'Ordinanza de' 6 di marzo 1847 abbia potuto dare allo Stabilimento, di cui si tratta, un'attitudine retroattiva a' 29 di gennaio 1843.

Esaminando l'obiezione rivolta dall'esistenza legale dopo il 1809 della congregazione delle Suore della carità di S. Vincenzo di Paola, l'arresto, riconoscendo, che le Suore, che compongono la Casa di Arras, sono momentaneamente distaccate dalla casa capo d'ordine, ed appartengono a questa congregazione, decide, che sarebbe uno sconoscere l'intenzione del testatore il permettere alla Congregazione generale di accettare un legato espressamente fatto ad uno Stabilimento particolare, ed inoltre si applica a fare questa distinzione, che il Decreto del 1809 ha solamente autorizzata la casa capo d'ordine di Parigi, e che perciò la casa d'Arras non può trovare in questo Decreto un'esistenza civile, che unicamente gli è stata data nel 1847.

La Corte di Cassazione ha pronunziato sotto la mia presidenza la cassazione di quest'arresto (1). Senonchè ha deciso su di una sola di queste due quistioni, ed ha dichiarato, che le Dame di Arras distaccate dalla congregazione, non formavano uno stabilimento particolare, avente un'esistenza propria, e che il legato doveva essere riputato fatto alla stessa congregazione, regolarmente e da lungo tempo autorizzata con destinazione speciale a sollievo dei poveri ed ammalati, soccorsi da' membri della detta congregazione distaccati in Arras.

In quanto all'altra quistione, che la Corte ha creduto lasciare intatta, perchè non era necessario di deciderla, quella di sapere, se l'autorizzazione posteriore all'apertura della successione era sufficiente per convalidare il legato, non è dubbio secondo i principî, che abbiamo più sopra stabilito, che l'arresto della Corte di Douai non avrebbe potuto neppure sostenersi.

Tale è stata l'opinione dell'avvocato generale Vaisse. Ed in effetti vi era in ciò la condizione implicita, che il legatario si metterebbe in regola, ed otterrebbe, per quanto era d'uopo, l'autorizzazione del governo. La quale condizione aveva per risultato di retroagire al giorno della morte del testatore, e l'autorizzazione era venuta a realizzare la condizione. Lo stabilimento dunque esisteva legalmente al momento richiesto in materia di condizioni.

Del resto si comprende, che nella specie il Consiglio di stato, conformemente ad una giurisprudenza, che ha adottato da più anni, ha accordato allo stabilimento delle Dame di Arras simultaneamente le due autorizzazioni necessarie; quella relativa alla sua esistenza legale e quella concernente l'accettazione del legato. Ed in effetti le liberalità, alle quali sono chiamati gli Stabilimenti di tale natura, divengono un motivo determinante dell'autorizzazione, ch'è dimandata. Evvi in queste liberalità una garentia assicurata all'esistenza materiale di questi stabilimenti, e ch'è di natura a farli autorizzare.

613 Ma che si dovrà decidere se lo stabilimento gratificato non esista neppure di fatto nel momento dell'apertura della successione, e se il testatore per esempio ha detto. « Dono « 10 mila franchi alle Suore del Sacro Cuore « che si stabiliranno a Parigi fra 20 anni? » La disposizione sarà nulla, se in morte del testatore lo stabilimento non esiste ancora?

Abbiamo citato qui sopra un arresto del Parlamento di Parigi de' 25 di agosto 1625, che si è pronunziato per la validità. Ma a quest'epoca si viveva sotto una giurisprudenza, che non era conforme alle idee dell'artic. 906.

Or si può dire, che l'art. 906 è applicabile qui; che la persona morale gratificata dal testatore non esisteva nel momento della di lui morte; che si concepisce bene una liberalità fatta ad un convento, che esiste solamente di fatto a condizione, che sarà autorizzato legalmente; ed allora la liberalità è valida, anche quando l'esistenza di dritto non gli venisse data dall'autorità competente, che dopo la morte del testatore (2); ma che quando l'esistenza di dritto e l'esistenza di fatto giungono tutte due dopo la morte del testatore, è il caso di trincerarsi nella disposizione dell'art. 906 del Codice Napoleone.

Nondimeno credo, che quest'argomentazione, comunque speciosa, debba svanire innanzi le seguenti riflessioni. Qual'è stato il vero pensiero del testatore? quello di mostrarsi liberale verso la Chiesa, di cui le congregazioni religiose sono i membri e gl'i ausiliari: qual che sia la formola, di cui egli si è servito, il suo legato si riduce a questo: dono alla Chiesa 10 mila franchi a condizione, che in 20 anni stabilisca a Parigi un convento del Sacro Cuore, nella dotazione del quale impiegherà questi 10 mila

(1) 6 marzo 1854. *Gazzetta de' Tribunali* de' 7 marzo 1854.

(2) Sopra n. 611 Si cita la legge 62, D, *De hered. instit.*

franchi. Or la Chiesa è una società, che non perirà mai, e che esisteva nel momento della morte del testatore. Dunque l'art. 906 non potrebb'essere io questo caso invocato, che in seguito di un equivoco.

614. D'onde si vede, che nieote si oppona alla validità di un legato diretto ad una persona presente, a condizione di farne profittare secondo tale o tal'altra circostanza un'altra persona, non ancora vivente nel momento della morte del testatore.

Il che si rende più chiaro e più palpabile coll'esempio seguente:

Un' individuo lega alla Città d'Orléans una rendita annuale di 9 mila franchi per trent'anni. Questa rendita è destinata dal testatore a dotare ogni anno trenta donzelle da 19 a 20 anni della parocchia della Recouvrance, ov'egli è nato (1).

Questo individuo muore nell'anno dalla confezione del suo testamento. Si dirà forse, che le donzelle, che saranno nate dopo la morte, non sono capaci? Evidentemente nò, perchè sono gratificate soltanto sotto forma di condizione. Il legato è fatto direttamente alla Città d'Orleans, persona capace, a che ha raccolto il legato sotto la condiziona di presiedere all' esecuzione della volontà del disponente.

615. Ecco un caso analogo.

Francesco costituisce una rendita di 1000 franchi all'anno ed a perpetuità, pagabile a colui, che riporterà il premio Monthyon, attribuito dall' Accademia francese. Indarno si pretenderebbe, che coloro, cha nel decorso del tempo saranno coronati, sebbene nati dopo la morte del testatore, sono colpiti d'incapacità, dapoichè la verità si è, che un tal legato è realmente fatto all' Accademia francese per dare un supplemento di ricompensa ai laureati; ed in effetti l'Accademia decida del premio in ultima istanza e per mezzo della sua scelta apre la condiziona. Epperò essa dev'essere considerata come istituita principalmente, non per profittare della liberalità, ma per fare l'elezione, che deve attribuirla alla persona più meritevole.

Si deciderebbe la stessa cosa di un legato annuale fatto a perpetuità a colui fra'giovani avvocati del Foro di Parigi, che farà il miglior discorso alla conferenza, perocchè questo legato si presumerebbe fatto al Foro di Parigi.

616. Termineremo con una osservazione relativa alla donazione.

Il nostro articolo dice, che per essere capace di ricevere tra vivi basta di essere conceputo nel momento della donazione. Ma cho si deve intendere pel momento della donazione, è quello, in cui si redige l'atto, ovvero piuttosto quello dell'accettazione?

L'opinione più accreditata è, che l'accettazione è il momento decisivo, che forma il contratto; cha prima dell' accettazione non vi è che una semplice offerta senza legame di dritto; che solamente per mezzo dell' accettazione la donazione acquista la sua perfezione a la sua stabilità; a che quindi basta, che il fanciullo sia conceputo nel momento dell' accettazione (2).

617. Contro di questa opinione si è obiettato, non potersi fare un'offerta ad un essere, che non esiste; che l' offerta non è seria e valida, che in quanto si diriga ad una persona esistente; che perciò il fanciullo dev'essere conceputo nel momento stesso dell' atto (3).

Ma noi non adottiamo questa maniera di vedere, la quale non è nè nel testo nè nello spirito della legge. Non nel testo, perchè l'articolo 906 esiga l'esistenza non già nel momento della donazione, ma in quello dell' accettazione; non nello spirito, perchè non vi è da temere qui nè sospensione nè incertezza nè situazione della proprietà fuori commercio, essendo il donatore padrone in ogni istante di ritirare la sua donazione.

Aggiungiamo che l' offerta sussiste, quando non è rivocata, e però non può dirsi, che si dirige al nulla, comechè è sempre presente, e si rinnova il giorno dell' accettazione (a).

Articolo 907 — (823)

Il minore sebbene pervenuto all' età di 16 anni non potrà neanche per testamento disporre a favore del suo tutore.

Il minore, divenuto maggiore, non potrà disporre sia per donazione tra vivi sia per testamento a favore di colui, che sarà stato suo tutore, se il conto diffinitivo della tutela non è stato precedentemente renduto o liquidato.

Sono eccettuati ne' due casi sopradetti gli ascendenti de' minori, che sono o sono stati loro tutori (b).

(1) *Debats*, 11 luglio 1831.

(2) Grenier, t. I, p. 622. Sopra n. 441. Duranton, t. VIII, n. 223; Demante, *Temi*, t. VII, p. 377.

(3) Coin Delisle sul nostro articolo.

(a) Il testo dice *conception*, ma è evidentemente un errore di stampa, e deve dire *acceptation*. *Il traduttore.*

(b) A quest' articolo corrisponde senza varietà l' art. 823 delle nostre Leggi civili. — *Il traduttore.*

SOMMARIO

COMENTARIO

618. La proibizione, di cui parlo quest'articolo, non trae la sua origine dal dritto romano, perciocchè si trovano molte leggi, che provano, che il pupillo poteva validamente donare al suo tutore (1). Francesco I. fu il primo, che con la sua Ordinanza del 1739 vietò a'minori di fare delle disposizioni a titolo gratuito a favore de'loro tutori. Una dichiarazione di Enrico II. in data di Febbraio 1549 ripetè lo stesso divieto che passò nell'art. 276 della consuetudine di Parigi in tempo dello sua riforma, e che fu osservato anche ne' paesi di dritto scritto (2). Nondimeno la giurisprudenza attestata da Furgole, benchè fosse combattuta da Ricard (3) dispensava dal rigore dell' Ordinanza i più prossimi parenti del defunto L'articolo 276 della consuetudine di Parigi eccettuava pure dalla proibizione i tutori ascendenti del pupillo (4).

619. Ma subitochè il tutore era quietanzato della sua amministrazione, ricuperava la sua capacità, ma però bisognava, che la quietanza fosse avvenuta senza frode. « Se si scorgesse, « dice Ricard, che il tutore abbia procurato « la sua quietanza prematuramente, sia col « fare nominare un altro tutore in suo luogo, « sia col far emancipare il suo minore prima « dell' età ordinaria con disegno di farlo disporre a suo favore, vi sarebbe luogo a pronunziare la nullità della donazione. Del pari « la legge 6, C., *De interd. matrim. inter pupill. et tut.* (5) aveva saviamente estesa la « proibizione, che le leggi precedenti avevano « ingiunto a' tutori, di fare i matrimonî delle « loro pupille co' proprî figli, non solamente « insino a che avessero renduto il conto, ma « ancora sino all'età di 25 anni; ed anche un « anno al di là. »

Il Codice, come si vede, à riprodotto con piccola differenza le disposizioni dell' antica giurisprudenza.

Il minore non può donare al suo tutore neanche per testamento. Un legato di liberazione ogni altra non avrebbe verun valore, perocchè la legge presume qui la suggestione per una presunzione *juris et de jure*.

Il minore divenuto maggiore non può donare a colui, ch' è stato suo tutore, che quando il conto diffinitivo della tutela è stato precedentemente renduto o liquidato.

Infine gli ascendenti de' minori, che sono o sono stati loro tutori, non sono sottoposti ad alcuna proibizione. I legami del sangue e l'affezione filiale fanno tacere tutt' i dubbi, e spiegano sufficientemente tutte le liberalità.

620. Importerebbe poco, che il minore divenuto maggiore, ed avendo regolato i suoi conti col suo tutore, non abbia rivocato il suo testamento, e vanamente si direbbe, che il legato è stato confermato e validato da' fatti ulteriori. Il legato era nullo nella sua origine, e bisogna, che sia rifatto (6).

621. Secondo l'art. 907 il tutore, che termina la sua amministrazione prima della maggiore età del suo pupillo, può, quando ha renduto e liquidato i suoi conti, ricevere per testamento da questo stesso pupillo?

Si è veduto più sopra, che sotto l'antica legislazione lo poteva, quando di buona fede usciva dalla tutela. La ragione di dubitare viene da che secondo la lettera dell'art. 907 sembra, che solamente il maggiore possa donare al suo tutore, che ha renduto e liquidato il suo conto. Però non bisogna attaccarsi di troppo alla corteccia delle parole per indeholiro lo spirito della legge. Ed in effetti che ha voluto il

(1) L. ult., D., *De leg*, 1ª. L. 31, § 2, D., *De liberat.* L. 28, § 4. D., id.
(2) Furgole, VI, 2, 76 e V, 1, 11. Aggiungi Orléans, 297. e Normandia art. 434.
(3) Donat, n. 468 a 470.
(4) Ricard, n 439.
(5) Valerio e Galieno.
(6) Sopra ni 435, 437, 438.

Digitized by Google

legislatore? Impedire, che un tutore non profittasse della sua influenza sull'animo del suo pupillo per istrappargli delle liberalità, e ch'essendo padrone de' suoi beni, non tenga indirettamente anche la sua persona secondo l'energiche espressioni di Ricard (1). Ma quando la tutela è finita, quest'impero non è più da temere, sia che abbia termine per la maggiorità del pupillo o per la dimessione del tutore. Ed in vero tutt' i mezzi di suggestione, che aveva il tutore non sono più in suo potere; diviene egli per così dire straniero a colui, che aveva avuto sotto la sua tutela, ed è ben giusto d'altronde, che quest'ultimo possa riconoscere le obbligazioni, che gli ha, e testimoniargli la sua riconoscenza per la fedeltà della sua gestione. Del resto la lettera stessa della legge, se vi si vuole guardare attentamente, non dice nulla di contrario alla nostra opinione, perciocchè vieta bensì al minore di donare al suo tutore, ma non vieta di donare a colui, ch'è cessato di essere tutore; e quest'ultimo in effetti non è più tutore, ma straniero. Nondimeno dobbiamo dire, che questa opinione ha contro di se delle gravi autorità, e quel che vi è di rimarchevole, si è, che come noi si fondano sul testo dell'articolo 906 (2). Però ci sembra che il testo ci appartiene, e questo testo è di accordo con l'antico dritto e col principio, che le incapacità non possono essere estese.

622. Con queste parole *renduto e liquidato* l'art. 907 indica sufficientemente, che non intende, che il reliquato sia pagato. Nondimeno nell' antica giurisprudenza Ricard sosteneva, che il tutore non era discaricato, che in quanto aveva non solamente renduto il suo conto, ma anche pagato il suo reliquato (3). Ma Furgola l'ha benissimo confutato (4). Basta, che il conto sia chiuso, e questo il nostro articolo ha chiaramente voluto. La parola *appurato* non significa pagato, significa *liquidato* (5).

623. All' appuramento del conto bisogna aggiungere la prescrizione, che ne tiene luogo (6), il decorrimento del termine di dieci anni dalla maggiorità (art 475) fa supporre, che il conto sia stato renduto.

624. Siccome le incapacità sono di dritto stretto, l'art. 907 non dev'essere esteso a' curatori a' tutori surrogati, a' consulenti giudiziari, agl'institutori, precettori, ed altri individui, ch'esercitano delle analoghe funzioni. Non colpiscono neppure il tutore *ad hoc*, perchè non ha verun autorità sulla persona, nè il consulente speciale destinato dal padre alla madre sopravvivente e tutrice, nè il mandatario, nè il *negotiorum gestor*.

Se però il tutore surrogato somministra in realità in luogo del tutore impedito o incapace, s'è in una parola tutore di fatto, si potrà prendere in considerazione la sua influenza sulla persona del pupillo, e secondochè questi sarà stato dominato dal suo ascendente, si potrà dichiarare il testamento nullo (7). Notate bene, che in simile caso l' incapacità non è di dritto, ma dipende dalle circostanze della causa.

625. Ma si deve assimilare al tutore lo sposo della vedova, che si rimarita, e che conserva indebitamente la tutela de'suoi figli del primo letto. Qui esiste un testo decisivo, ed è l' art. 375 del Codice Napoleone, che dichiara il secondo marito responsabile di tutte le conseguenze della tutela, indebitamente conservate. Per effetto di questa disposizione il secondo marito è trattato come un tutore; deve render conto; i suoi beni sono gravati d' ipoteca, epperò l'art. 907 si estende a lui necessariamente (8).

626. Che se la vedova, che passa a seconde nozze, è conservata nella tutela, il secondo marito diviene contutore (9); epperò è colpito dall'incapacità pronunziata dal nostro articolo. Indarno vorrebbe porsi sulla linea di un ascendente, dapoichè non è, che padrigno, il che non è la medesima cosa (10).

Articolo 908 — (824).

I figli naturali non potranno ricevere per donazione tra vivi o per testamento nulla di più di quello, ch' è loro accordato nel titolo delle *Successioni* (a).

SOMMARIO

627. Delle variazioni di dritto relativamente alla capacità de' figli naturali.

628. L' incapacità dell' art. 908 non è relativa, che al Padre ed alla madre del figlio naturale riconosciuto.

(1) N. 454.

(2) Delvincourt, t. II, p. 201. Dalloz, t. V, p. 277. Bayle-Mouillard, t. I, p. 530. Bruxelles, 14, dicembre 1814 *Palazzo*, t. XII, p. 490. Metz, 18 gennaio 1821, Devill., 6, 2, 353, Dalloz, 5, 278. *Contra* Coin-Delisle art. 907, n. 4.

(3) N. 455.

(4) Quest. sulle *donat. quest.* 36.

(5) Toullier, t. V, n. 65. Grenier, t. I, p. 532, n. 119.

(6) Colmar, 19 gennaio 1842 (Devill., 42, 2, 365. Dalloz, 42, 2 213).

(7) Grenoble, 26 di luglio 1828 (Dalloz, 29, 2, 73).

(8) Cassaz. d' un arresto di Nîmes, 14 dicembre 1836 (Dalloz, 37, 1, 86) Montpellier, 21 dicembre 1837, (Devill, 38, 2, 390. Dalloz, 38, 2, 164).

(9) Art. 396.

(10) Metz, 18 gennaio 1821 (Devill., 6, 2, 353, Dalloz, 5, 278).

(a) Quest'articolo è uniforme all'art. 824 delle Leggi civili. — *Il tradut'ore.*

629. Bisogna distinguere i figli naturali adulterini o incestuosi da' figli naturali propriamente detti.—Coloro, la cui nascita ha un carattere riconosciuto di adulterio o d'incesto, non possono ricevere, che degli alimenti.
630. La giurisprudenza della Corte di cassazione non ammette la qualità di figlio adulterino, che quando è provata da una discussione giudiziaria.
631. De' dritti del figlio naturale riconosciuto sulla successioni *ab intestato* di suo padre e sua madre.
632. Il figlio naturale riconosciuto non è incapace dirimpetto al suo avo o dirimpetto a' parenti di suo padre o sua madre, relativamente a' quali è considerato como estraneo.
633. È lo stesso del bastardo adulterino.
634. Della riduzione delle liberalità fatte ad un figlio naturale od eccedenti la misura fissata dall'art. 908. — Quali persone possono dimandare questa riduzione?

COMENTARIO

627. Per conoscere i progressi e le variazioni del dritto relativamente alla capacità dei figli naturali, non si può fare di meglio, che studiare quello, che n'è stato detto da Furgole (1) a de Bnequet (2).

Noi non vogliamo entrare in questo subietto il quale appartiene meglio al dritto della successioni, cui il nostro articolo rinvia. Il titolo, che commentiamo, ha di già molta estensione, ed è perciò inutile di allungarlo con delle digressioni. Rinch'udiamoci dunque ne' limiti del nostro articolo.

628. Dapprima importa di osservare, che la specie di mezza-incapacità, che pesa su' bastardi, è solamente relativa al loro padre ed alla loro madre, dapoichè la legge non ha voluto, che costoro potessero compiacersi della riminiscenza de' loro sregolamenti, favorendo colui, che n'è stato il frutto. Ma relativamente ad ogni altro i bastardi hanno una capacità piena ed intiera di ricevere per testamento e per donazione.

Ciò premesso, siccome il padre e la madre d'un bastardo non sono sempre certi, bisogna, che questo bastardo sia legalmente riconosciuto da loro, onde si trovi messo riguardo ad essi nella situazione, che la legge gli ha dato, conciliando gl' interessi dell'umanità con gl'interessi della famiglia legittima. Solo per mezzo del riconoscimento egli acquista relativamente ad essi certi dritti di parentela e di filiazione, e diviene atto a prendere una parte della loro successione intestata. Senza di questo riconoscimento egli è straniero per tutti, e la legge lo abbandona a lui stesso, privato per lo stesso mistero della sua nascita di ogni famiglia e di ogni legame del sangue. Epperò il figlio naturale non riconosciuto è virtualmente incapace di ogni successione intestata. Ma la sua capacità testamentaria non è ristretta da alcuna incapacità relativa, poichè è isolato da ogni relazione di famiglia, ed è considerato come straniero anche per coloro, che gli hanno dato clandestinamente la vita. Al contrario il figlio naturale riconosciuto, comunque non sia erede, ha nondimeno de' dritti successori su' beni lasciati ab intestato da suo padre e sua madre. Senonchè la sua capacità di ricevere per testamento è ristretta relativamente a costoro, perchè bisognava, che un padre non potesse versare gli stessi benefizi sul frutto d'una unione illegittima, come sul figlio nato all' ombra di un matrimonio.

Il nostro articolo dice dunque, che i figli naturali non potranno ricevere nulla al di là di ciò, che è loro accordato nel titolo delle successioni, ed intende parlare soltanto de' figli naturali riconosciuti.

629. D' onde una distinzione tra' figli naturali nati *ex soluto* e *ex soluta*, ed i figli naturali nati da un commercio adulterino o incestuoso. Gli ultimi non possono ricevere, che degli alimenti (3).

Nè si sia maravigliato, dell' esservi de' figli naturali incestuosi riconosciuti, comunque il riconoscimento a loro riguardo è interdetto dell' art. 335 del Codice Napoleone « Quantunque i figli adulterini o incestuosi, diceva « il signor Simeon oratore del Tribunato (4), « non possono essere riconosciuti, la loro esistenza è un fatto, che può essere qualche « volta evidente (5). Un fanciullo sarà stato « validamente riprovato da un marito, e sarà « stato giudicato il frutto dell'adulterio della « moglie; il delitto di sua madre non potrebbe « dispensarla dal fornirgli gli alimenti. Un « uomo avrà sottoscritto come padre un atto « di nascita senza fare conoscere, esser egli « maritato ad un'altra donna o essere la madre « sua sorella, ed avrà voluto defraudare la « legge; il fanciullo, ignorando il vizio della « sua nascita, si presenterà nella successione « per esercitarvi il dritto di figlio naturale, e « ne verrà respinto dalla pruova di esser nato « da un padre, che non poteva legalmente ri- « conoscerlo; ma la confessione di fatto, scritta

(1) *Test.*, VI, 2, 90.
(2) *Dritto di bastardia.*
(3) Art. 762, Cod. Nap.
(4) Fenet, t. XII, p. 231.
(5) Treilhard, disc. al Cons. di Stato dell' art. 762. Fenet, t. XII, p. 30, ed esposizione del tit *delle Successioni* al Corpo legislativo (Fenet, t. XII, p. 190).

Digitized by Google

« nel suo atto di nascita, gli resterà, e gli pro-
« curerà gli alimenti ».

In una parola ogni volta che la qualità di adultero è provata in fatto, questa pruova basta per ridurre agli alimenti colui, su cui pesa una sì trista qualità.

630. Nonpertanto la Corte di Cassazione fà delle distinzioni.

Se la qualità di figlio adulterino è provata pel risultamento d'una discussione giudiziaria, niun dubbio agli occhi della corte Suprema, che il figlio non sia tenuto di accettarla, e di subirne le conseguenze.

Ma se questa qualità gli è data in un atto di riconoscimento volontario, non è lo stesso, dapoichè il riconoscimento d'un figlio adulterino non è ammesso, e l'art. 335 lo ricusa affine di soffocare gli scandali dell'incesto o dell'adulterio. Di questi nulla deve sopravanzare, ed il riconoscimento è proscritto in una maniera assoluta (1).

Nondimeno se la donazione ed il riconoscimento sono scritti nel medesimo atto, allora si può credere, che la filiazione è stata la causa della liberalità; e siccome questa causa è immorale ed illecita, la liberalità deve necessariamente cadere (2). Fuori di questo caso la liberalità non è affetta dal riconoscimento, il quale non essendo inserito nell' atto, di cui il figlio si prevale, non gli si può opporlo. Lo respinge come illegale, come nullo, e pregiudizievole a' suoi interessi.

Benchè fondata su numerosi arresti, vi vuol molto, perchè questa giurisprudenza abbia tolto tutt'i dubbi, poichè è controvertita nella dottrina (3) e negli arresti (4).

Indubitatamente la Corte di Cassazione si è messa nel vero, quando trovando nell' atto della liberalità la menzione della causa illecita, che l'ha prodotta, ne pronunzia la nullità. Si sa, che la causa illecita, quando è finale, vizia la disposizione (5). Or la filiazione incestuosa o adulterina è evidentemente il motivo generatore della liberalità diretta al fanciullo, cui la qualificazione di figlio è attribuita.

Ma la giurisprudenza della Corte di Cassazione è così soddisfacente per la verità, per la ragione, per la buona fede, quando il vizio della nascita essendo provato da un riconoscimento straniero all' atto della liberalità, essa respinge questa pruova, e si ostina a vedere un estraneo in colui, ch' è solamente gratificato come figlio?

Non lo credo, e bisogna badare di non mettere delle finzioni in luogo della verità.

Il grande argomento della Corte di Cassazione si è, che giusta l'art. 335 del Codice Napoleone il riconoscimento non puole aver luogo a favore de'figli nati da un commercio incestuoso o adulterino. Ma bisogna far attenzione, che quest'articolo non ha altr'oggetto, che di privare i figli adulterini de'vantaggi, che il riconoscimento legale può procurare a' figli naturali, e non di porli con l'ajuto di un velo artificiale o di dubbi affettati in una posizione privilegiata. Che cosa ha voluto l' art. 335? Impedire a'figli incestuosi o adulterini di entrare nella famiglia, di acquistare un possesso di stato, di essere legittimati pel susseguente matrimonio, di avere parte nella successione. Or ecco che la giurisprudenza della Corte di Cassazione volgendo l'art. 335 contro il suo proprio scopo, dà a'figli incestuosi ed adulterini il mezzo di avere una parte nella successione!!

La Corte di Cassazione intende, che il riconoscimento fatto nelle circostanze dell'art. 335 è infetto di una nullità radicale, che vieta ogni effetto; ma niente di simile vi è nell'art. 335, il quale non pronunzia affatto una nullità assoluta.

Certamente lascia il riconoscimento senza i vantaggi, che la legge in generale gli attribuisce, ed in ciò lo priva de'suoi effetti, ma non lo priva dell'autorità di un fatto serio, sincero, irrecusabile.

Ciò provano gli articoli 762, 763, 764 (a). Giusta il loro testo il figlio incestuoso o adulterino ha dritto a degli alimenti contro la successione di suo padre e di sua madre, ma non ha dritto a nulla dippiù. Quando questi articoli sono stati emanati, si è dimandato, in qual modo la qualità di figlio adulterino o incestuoso potrebb' essere provata, poichè n' era vietato il riconoscimento dall'art. 335. Si è risposto, che questa qualità potrebbe risultare sia dalle procedure o dalle sentenze, sia dai riconoscimenti illegali. Basta leggere il discorso del signor Simeon, ricordato qui sopra (6). Vi aggiungo le parole del Signor Jaobert Oratore del Tribunato sull'art. 908 (7). « In quanto agli adulterini ed incestuosi ne' casi rari e
« straordinari nei quali se ne potranno scopri-
« re in prosieguo o per effetto della nullità di
« un matrimonio, o di un deniego di pater-
« nità, o di un *riconoscimento illegale*, essi
« non potranno ricevere, che degli alimenti ».

(1) C. cassaz. Ricorsi 11 novembre 1819 (Dev II., 6, 1, 140). — Cassaz. d' un arresto di Nancy; 9 marzo 1824 (Devill., 7, 1, 408). — Rig. 1° agosto 1827 (Dalloz, 27, 1, 436). Rig. 18 marzo 1828 (Dalloz, 28, 1. 170). Rig. 8 febbraio 1836 (Dalloz, 36, 1, 81). Cass. 4 dicembre 1837 (Dalloz, 38, 1, 14). Cass. 3 febbraio 1841 (Dalloz, 41, 1, 104).

(2) 14 gennaio 1832, cassaz. d' un arresto di Tolosa (Dalloz, 32, 1, 48). 7 dicembre 1840 (Dalloz, 41, 1, 44. Devill., 41, 1, 140).

(3) V. una dissertazione di Baylo-Mouillard *su Grenier*, t. I. p. 567. Merlin, Repert., v° *Filiazione*, § 20.

(4) Lione, 25 marzo 1835 (Dalloz, 35, 2, 117) Parigi, 14 dicembre 1833 (Dalloz, 36, 2, 3) 22 giugno 1839 (Dalloz, 39, 2, 267) Rennes, 31 dicembre 1834 (Dalloz, 36, 2, 109) Bourges, 4 gennaio 1837 (Dalloz, 39, 2, 210).

(5) *Sopra* n. 380.

(a) Corrispondono agli articoli 678 e 679 delle nostre Leggi civili. *Il traduttore.*

(6) N. 627.

(7) Fenet, t. 12, pag. 583.

Da siffatte parole si vede, se la Corte di Cassazione è basata nella sua distinzione tra il riconoscimento volontario ed il riconoscimento forzoso. La Corte di Cassazione aveva sotto gli occhi lo spirito della legge, due volte svelato, e poteva attaccarvisi per rimanere nella verità; invece temo, che non se ne sia allontanata per entrare nella finzione (1).

Supponiamo per esempio la specie seguente, che sventuratamente pe' costumi ed il pubblico pudore si è sovente realizzata: un figlio adulterino è riconosciuto da suo padre in un atto pubblico. Quest'ultimo muore, e lo lascia nella miseria. Forse questa qualità disonorevole, che il padre scientemente ha dato a questo fanciullo, non varrà per lo meno per conferirgli in compensazione il dritto di esigere degli alimenti sulla successione di colui, che ha confessato la sua colpa? Forse la Corte di Cassazione vorrebbe, che questo riconoscimento fosse talmente nullo, che non l' assicurasse di questo necessario soccorso? Ove sarebbe l'umanità? Ove la giustizia? E nonpertanto là bisognerebbe andare per restare nella logica della giurisprudenza. Ma la maggior parte delle Corti di appello non hanno voluto tale iniquità, ed hanno accordato gl' alimenti (2), e la Corte di Cassazione essa stessa è entrata in questa via (3).

E se il riconoscimento è buono per assicurare gli alimenti, non varrà poi nulla per escludere dalla successione? Bisognerà violentare la realità; sconoscere delle situazioni, che si sono rese chiarissime, ed aggiungere allo scandalo della loro rivelazione lo scandalo della loro ricompensa!

Si dice, che il riconoscimento non fa pruova contro del figlio, e che non potrebbe pregiudicargli. Ma precisamente gli art. 762, 763, 764, e 908 vogliono, che gli pregiudichi in questo senso, che gli vietano di prendere parte nella successione e di entrare nella famiglie. Ed in questo appunto splende la prudenza del legislatore accanto dell' imprevidenza dell'opinione contraria. Il legislatore non ha voluto, che si facesse un trofeo del proprio vizio, e che questa bravata trovasse il suo emolumento, come se non fosse nulla. Nol il legislatore non ha voluto; che si chiudessero gli occhi e turassero le orecchie, nè ha comandato al giudice il sacrifizio del suo discernimento. Intende per lo contrario, che quando il fallo è pubblico, palpabile, confessato, produca le sue conseguenze, e che la morale e la legittimità rimanghino forti. Altrimenti cadrebbe la legge in una inetta incredulità.

Senza dubbio se il riconoscimento è frendolento, nulla vieta al figlio di farlo cadere. Ma in quanti casi ciò avviene? In quanti casi il padre non ha renduto alla verità un omaggio strappato dal potere de' fatti e dalla forza delle passioni?

Il Codice sardo è conforme al nostro sentimento (4), nè fa altro, che dichiarare ciocchè implicitamente esiste nel Codice Napoleone, e che una giurisprudenza compiacente non vi vede.

Finalmente sembra, che la Corte di Cassazione essa stessa, cedendo all' impero dell'evidenza, abbia voluto fare un passo addietro in una via, ove non trova, che degl' imbarazzi, delle inverosimiglianze, delle contradizioni, degli urti contro la verità. Un arresto della Camera civile de' 13 di luglio 1846 (5) ammette formalmente, che la qualità di figlio adulterino può validamente venire provata. se non da un atto di riconoscimento e da un' indagine di paternità, almeno dalle circostanze della causa. Alla buon'ora! ed io non dimando dippiù per salvaguardia della morale e della verità. Imperocchè tutto il mio sistema si riduce a sostenere, che la verità non dev'essere soffogata dalla finzione nell' interesse dell' immoralità Ora che si accorda, potersi ricercare il vero nelle circostanze della causa. non discuto, e credo, che la quistione di dritto è risoluta in un senso, ch'è il migliore.

631. Il figlio naturale procreato *ex soluto* ed *ex soluta* ha i suoi dritti fissati negli articoli 757 e 758.

« Se il padre o la madre ha lasciato de' di« scendenti legittimi, questo dritto è del terzo « della porzione ereditaria, che il figlio natu« rale avrebbe avuto, se fosse stato legittimo; « è della metà, se il padre o la madre non « lascia de' discendenti, ma bensì degli ascen« denti, o fratelli e sorelle; è di tre quarti, se « il padre o la madre non lascia nè ascendenti « nè discendenti nè fratelli nè sorelle. »

« Il figlio naturale ha dritto alla totalità de' i « beni, quando suo padre o sua madre non la« scia parenti in grado successibile. » (a) (6)

(1) Non concepisco, che il signor Devilleneuve dica in qualche modo, che se la giurisprudenza della Corte di Cassazione ripugna ad una morale severa, è conforme all'inesorabile logica, e *non vuole che ciocchè vuole la legge !!!* Ma Jaubert ed il sig. Simeon !!!

(2) V. gli arresti precisati.

(3) 15 luglio 1846 (Devill., 46, 1, 725).

(4) Art. 187 e 937.

(5) Devill., 46, 1, 725.

(a) Le attuali nostre leggi civili hanno allargata la capacità de' figli naturali; l'art. 674 è così concepito:

« I figli naturali succedono alla madre. Non succede« ranno al padre, se non sieno stati legalmente rico« nosciuti, ed in que' casi, ne' quali è per legge am« messa la pruova della paternità.

« Essi succedono nella metà della porzione che loro « sarebbe spettata, se fossero stati legittimi, quando il « padre abbia lasciato figli o discendenti o ascendenti « legittimi. Ne conseguiranno due terzi, quando esisto« no congiunti collaterali in gradi successibili. Saranno « ammessi alla totalità, quando questi non esistono. »

Il traduttore.

(6) V. sull'art. 913, n. 795.

632. Il figlio naturale non è incapace relativamente a suo avo, nè si segue un arresto della Corte di Besançon de' 25 di giugno 1808 (1), che si è pronunziato per l'incapacità.

Ed in effetti secondo la legge successoriale il bastardo è considerato straniero relativamente a suo avo; la legge non gli accorda nulla nella successione di costui. Laonde straniero all'avo, può ricevere da lui per donazione o per testamento, come da ogni altra persona straniera; e come un istante prima lo abbiamo detto (2), la proibizione del nostro articolo è puramente relativa al padre ed alla madre.

Epperò se si dovesse creare una incapacità tra il bastardo e l'avo, bisognerebbe decidere, esser egli incapace di ricevere delle liberalità da' suoi zii, zie, ed altri parenti di suo padre o di sua madre. E chi vorrebb' estendere sia là l'incapacità del figlio naturale? (3)

633. È lo stesso del bastardo adulterino? Pensiamo, che la soluzione non debba essere differente. L'avo dispone a favore di una persona legalmente straniera, nè esiste nella legge veruna proibiziona.

634. Quando le liberalità fatte ad un figlio naturale eccedono la misura fissata dall'articolo 908, non sono nulla, ma riducibili, ed il dritto di dimandare tale riduzione appartiene agli credi, in favore de' quali la legge stabilisce una riserva. È questo un punto, che non potrebbe far sorgere veruna difficoltà.

Ma in mancanza di eredi riservatari, appartiene lo stesso dritto a' collaterali o a' legatari messi dal testatore in luogo di costoro?

In quel che concerne i collaterali la quistione è tagliata dall'art. 757 (a), la cui efficacia sarebbe intieramente annullata, se fosse permesso al padre di eccedere le liberalità indicate dalla legge in uno scopo di pubblica decenza e di rispetto per la famiglia. È chiaro, che l'art. 921 (b) non potrebb'essere qui invocato, perchè non si applica a' dritti irregolari de' figli naturali. Sebbene i collaterali non siano degli eredi riservatari, sebbene il testatore possa spogliarli con le sue liberalità, non bisogna conchiuderne, che l'art. 921 chiuda loro la strada dell' azione di riduzione. Il testatore, che potrebbe spogliarli di tutto a favore di uno straniero, non può spogliarli con delle liberalità eccessive fatte al suo figlio naturale; l'onestà non glielo permette (4).

Ora supponiamo, che il testatore lasciando un figlio naturale e de' fratelli e delle sorelle, istituisca per suo legata io universale un estraneo, e che nel tempo stesso dia a questo figlio naturale più della metà: il legatario universale avrà qualità per dimandare la riduzione? Potrà egli opporre l'esistenza de' collaterali, che intanto non raccolgono nulla?

La negativa è stata giudicata da un arresto della Corte di Parigi de' 16 di giugno 1838 (5) per la ragione, che unicamente nell' interesse da' parenti il figlio naturale è stato circoscritto in una quota determinata. Ora i parenti si trovano esclusi, ed il loro interesse è fuori causa; rimane solo l'interesse di un'estraneo, cioè un interesse, che la legge non prende in considerazione.

Si troveranno più basso delle serie obiezioni, che possono presentarsi contro questo sistema (6). Non è necessario, che la famiglia naturale raccolga qualche cosa per limitare il dritto del figlio naturale; basta ch'esista. Imperocchè la sua esistenza è una viveate protesta contro i vantaggi opposti alla pubblica morale e proibiti dall'art. 908. D'altronde il legatario universale è surrogato al dritto de' collaterali (7).

Articolo 909 — (823).

I dottori in medicina o in chirurgia, gli uffiziali di sanità, ed i farmacisti, che avranno curato una persona nella malattia, della qual'è morta, non potranno profittare delle disposizioni tra vivi o testamentario, che avesse fatte a loro favore durante il corso della malattia.

Sono eccettuate, 1° le disposizioni rimuneratorie fatte a titolo particolare, avuto riguardo alle facoltà del disponente ed a' servigi readuti.

2° Le disposizioni universali nel caso di parentela sino al quarto grado inclusivamente, purchè però il defunto non abbia eredi in linea diretta, a meno che colui, a cui profitto la disposizione è stata fatta, non sia egli stesso del numero de' suoi eredi.

Le stesse regole saranno osservate relativamente al ministro del culto (c).

(1) Devill., 2, 2, 407. Palazzo 6, 763.
(2) *Sopra* n. 628.
(3) Aggiungi Grenier, t. 1, n. 130. Toullier, t. 5, n. 71.
(a) Corrisponde all'art. 674, delle nostre Leggi civ. *Il traduttore.*
(b) Uniforme all'art. 838 Leggi civili. — *Il trad.*
(4) Infra n. 829.
(5) Dalloz, 38, 2, 187. Palazzo 1838, t 2, pag. 75. Loiseau pag. 674, o Levasseur *Porzione disponibile*, n. 62.
(6) N. 767.
(7) Parigi 9 giugno 1834, (D 34, 2, 240) L'annotatore del sig. Grenier, t. 4, p. 352. Duranton, t. 8, n. 327.
(c) Quest'articolo corrisponde all'art. 825 delle Leggi civili, il quale estende la proibizione anche all'avvocato, che ha consigliato o diretto il testamento. *Il traduttore.*

Digitized by Google

SOMMARIO

635. Continnazione delle iocapacità relativa — Le incapacità pronunziate dall'art. 909 procedono dal timore delle suggestioni.
636. Il Codice ha seguito su questo punto lo orme dell'antica giurisprudenzo. o la presunzione di suggestiono non eessa che in due easi:
637. *Primieramente*, nel caso di servigi renduti aneho durantn l'ultimo malattia; — Salvo a' Tribunali di valutaro se la liberalità è eccessiva.
638. Se si trattasse di un legato rimuneratorio ooo già particolare ma universalo, a che questn legato potesse spiegarsi por mezzo di servigi renduti, basterebbe, che i giudici facessero subiro al legato una riduziono.
639. Non è necessario che l'atto porti seen la menzione, cho la liberalità è fatta *a titolo rimuneratorio*.
640. Da' stretti rapporti di amicizia potrebbero eancellaro la qualità di medico o giustifiearo il legato? — Giurisprudenza.
641. *Secondo*, la parentela è ancoro una causa di eccezione all'incapacità dell'art. 909 — In quali limiti?
642. Tra coniugi oon esista incspacità
643. Non è nulla di pieno dritto la liberalità fatta al medico per cootratto di matrimonin dalla sua ammalata, che In sposa nol periodo della sua ultima malattia.
644. Ondo l'incapacità disposta dall'art. 909 abbia luogo, bisogna, cho la liberalità sia stata fatta nel eorso dell' ultima malattia, o che la cura siano state prestate al defunto durante questa malattia.
645. La semplice somministrazione de' rimedi da un farmacista non potrebb'essere assimilati ad un trattamento nel senso dell'art. 909.
646. *Quid* se si tratta non di una malattia caratterizzata ma di uno stato valetudinario.
647. *A fortiori* l'incapacità della legge dovrà colpiro gli empirici ed altri individui senza missione, che s'ingeriscooo dell'arte di guarire.
648. Il guard-ammalato o la levatrice non sono objetto di alenna incapacità.
649. Dell'incapacità de' ministri del culto.
650. Per ministro del culto l'art. 909 non ha inteso parlare solamente del confessore.
651. Così il ministro protestante, che assiste un ammalato nello sua ultima malattia, è incapace
652. Uo atto isolato, come l'estrema unzione, noo sarebbe sufficiente per costituire uno iocapacità.
653. Il prete, che assiste il testatore, può essere da lui nominato esecutore testamentario.
654. A meno-chè questo mandato noo abbia per isoopo di nascondere una liberalità.
655. Lo liberalità, che sarebbe dirotta dall' ammalato piuttosto alla Chiesa, che al ministro del culto non sarebbe colpita dall'art. 909.
656. Se vi fusse interposizione di persooa? Rinvio.
657. Gli avvocati ooo sooo compresi nella proibizione dell'art. 909.

COMENTARIO

635. L'art. 909 continna l'enumerazione delle incapacità relative. Quella delle persone enumerate nel nostro articolo procede dal timore delle suggestioni. Per quanto onorevoli esse siano, la legge teme la loro influenza in certi momenti; però questa diffidenza non è assoluta. Il signor Talon avvocato generale diceva al Parlamento di Parigi nell' affare Litel: (1) « *I medici chirurgi e speziali non sono stati mai giudicati incapaci, quando si sono incontrate delle altre cause, oltre la sola loro arte, che poterano aver loro meritato delle liberalità.* » Così nell'antica giurisprudenza quando il medico, chirurgo, o speziale era parente, erede presuntivo, o amico intimo del defunto, ovvero quando gli aveva reso dei servigi, che l'ammalato aveva voluto riconoscere, l' incapacità relativa cessava, attesochè vi era un motivo conosciuto, ch'era servito di fondamento alla disposizione, e che escludeva ogni presunzione di captazione. — La giurisprudenza degli arresti l'aveva constantemente così giudicato (2). Ma allorchè queste circostanze non s'incontravano, la legge paventava l'impero del medico sul suo ammalato, e considerava come estorta la liberalità di cui era l'obietto (3). Non già che alcun testo preciso pronunziasse questa incapacità contro gli uomini dell'arte, ma la giurisprudenza fondandosi sulle leggi 3, D., *de extraord. cognit.*, e 9. *C. de professor. et medic.*, aveva esteso sino ad essi le disposizioni delle ordinanze relative a' tutori ed amministratori e specialmente di quella del 1539.

636. La legge attuale ha seguito le orme dell'antica giurisprudenza, ed ha precisato le eccezioni, per le quali ha creduto di dover fare cessare la presunzione di suggestione. Da una parte il medico il chirurgo ed il farmacista sono incapaci di ricevere dall' ammalato, che curano durante la malattia, della quale muojono; notiamo bene quest'ultima circostanza. Dall'altra, questa incapacità è esclusa in due casi eccezionali: servizi renduti e parentela.

637. I servigi renduti non possono dar luogo, che a delle disposizioni rimuneratorie a titolo particolare proporzionate alle facoltà del defunto ed all'importanza delle obbligazioni, di cui è responsabile. Bisogna bene, che l'am-

(1) Arresto del 31 di agosto 1663 (*Giornale delle udienze*, lib. 4, cap. 30).

(2) V. uo arresto del Parlamento di Tolosa de' 10 marzo 1744, riportato da Furgole con la discussione; 6, 2, 76.

(3) Furgole 5, 1, 11, e 6, 2, 76, e *Donaz.* q. 32. Ricard, *Donaz.*, n. 494. Ferrier *su Parigi*, art. 276. Basnage *su Normandia*, art. 434 Lalonde *su Orleans*, art. 296. Maynard lib. 3, cap. 73, e lib. 9, cap. 19. Bonifacio 2, 1, 10, 1.

Digitized by Google

malato possa ricompensare tra ragionevoli confini le cure, di cui è l'obietto, ed i servigi, che gli sono renduti dalle persone devote; queste rimunerazioni sono meno liberalità propriamente dette, che il pagamento di ciò, ch' è dovuto.

Ed è sottinteso, che questi servigi renduti possono essere quelli, che l'ammalato ha ricevuto nella sua ultima malattia. Niente sarebbe stato più ingiusto, che di togliere ad un ammalato la consolazione di attaccarsi per mezzo di ricompense coloro, che si dedicano a sollevarlo. Una malattia può esser lunga, e richiedere delle cure speciali, assidue, stringenti: l'ammalato in questo caso ha potuto volere mettere appresso a lui un medico, che non l'abbandonasse. Se i servigi la divozione di quest'uomo dell'arte hanno corrisposto all'aspettativa dell'ammalato, perchè costui non potrebb'esprimere la sua gratitudine con un legato remuneratorio? Forse la legge ha potuto avere il pensiero d'interdire la riconoscenza?

Se gli eredi pretendono, che vi è eccesso nella liberalità, possono farla ridurre; spetta a' Tribunali di decidere questo punto nella loro savia valutazione (1).

638. Beochè il nostro articolo autorizza soltanto delle liberalità rimuneratorie fatte a titolo di legati particolari, non bisognerabbe reprimere di una maniera assoluta un legato più esteso, anche un legato universale, se nel fondo potesse spiegarsi per mezzo di servigi renduti (2), e basterebbe, che il Giudice li riducesse ad una giusta proporzione (3).

639. Si è richiesto talvolta, che l'atto della liberalità portasse seco la menzione di essere fatta a titolo rimuneratorio (4). Ma nulla giustifica siffatta prescrizione, imperciocchè l'articolo 909 nell' autorizzare il legato a causa di servigi renduti, non ha detto per qual mezzo si farebbe la pruova di tali servigi. Questa pruova dipende dalle circostanze, ed è abbandonata alla coscienza del Giudice (5).

640. L' affezione, basata su stretti rapporti di amicizia, e di divozione, è un titolo così grande come la riconoscenza. Se la legge ammette la riconoscenza de'servigi renduti, reprimerà l' amicizia incontestata, ch'è indipendente dalle cure prestate nell'ultima malattia, ch' è anteriore a queste cure, e ch' è la sola causa della liberalità? Non lo credo. La qualità di Medico non deve cancellare quella di amico, nè è d'uopo, che un amico, che nella sua qualità di Medico è venuto a soccorrere il suo amico moribondo ed assisterlo presso dal suo capezzale, sia per questo solo privato della liberalità, che deve all' effezione e non ad un cieco imperio.

L' importante in simile caso è di sapere, se il legato è stato il risultamento delle cure prestate, ovvero che non abbia avuto la sua causa in un' amicizia anteriore ed indipendente da queste cure. In quest' ultimo caso non è stato gratificato il Medico, ma l'amico, e la proibiziona dell'art. 909 non è più applicabile. L'antica giurisprudenza è formale su questo punto (6) ed esiste un arresto della Corte di Cassazione de'24 di luglio 1832, che non lo è meno. Citiamone i termini (7). « Atteso« chè l'arresto attaccato ha dichiarato in fatto, « che Accaria Medico, abbandonato oell' età « di due anni da'suoi parenti, fu raccolto dal « signor Bisardière, che per quasi 30 anni lo « nutrì a lo trattò come suo figlio; che a qua« st' affezione paterna debbono attribuirsi le « cure prestata al signor Bizardière nella sua « ultima malattia; che infine questa medesima « paterna affezione, sempre crescente, fu evi« dentemente la causa determinante e la sola « delle disposizioni testamentarie fatte al si« gnor Accaria; che in tali circostanze nel « dichiarare queste medesime disposizioni te« stamentarie valide, l'arresto attaccato, lun« gi dal violare l'art. 969, si è per lo contrario « conformato alla lettera ed allo spirito di que« st'articolo, rigetta il ricorso ».

Questo arresto è rimarchevolissimo, perchè mostra in quale spirito l'art. 909 dev' essero applicato.

641. La parentela è una seconda causa di eccezione all'incapacità dell'art. 909, e questa eccezione va più lontano de'servigi renduti; perchè questi autorizzano soltanto de'legati particolari, mentre la parentela rende legittima le disposizioni universali, purchè si sia parente nel quarto grado inclusivamente, e che non vi siano eredi in linea diretta, a menochè lo stesso beneficato non fosse nel numero di questi eredi.

Notate del resto, che l' art. 909 essendo scritto per conservare i beni nelle famiglie, non si applica agli affini (8).

642. Il matrimonio è più d'una parentela, perchè è l'unione dell'uomo e della donna in una santa ed indissolubile società. Il marito non è dunque incapace di ricevere da sua mo-

(1) Cassaz., 13 agosto 1834 (Dalloz. 44, 1, 340. Devill., 44, 1, 710). D'Olivo, V, 19. Arresto del Parlamento di Tolosa del 27 novembre 1629. L'autore dà la discussione, ch'è interessante, parla di Esculapio colpito dalla folgore per la sua avarizia e di Galeno, che vuole, che il medico comandi agli ammalati come un re a' suoi sudditi.

(2) Parigi, 9 maggio 1820 (Devill., 6, 2, 258).

(3) *Contra* Grenoble, 6 febbraio 1830 (Devill., 31, 2, 186).

(4) Argomenta da un arresto di Montpellier, 19 maggio 1813 (Devill., 4, 2, 313).

(5) Grenier, 1. 1, n. 127.

(6) Arresto del Parlamento di Parigi del 31 di agosto 1665 citato da Ferrier *su Parigi*, art. 276, n. 51.

(7) Dalloz, 32, 1, 300, 301. V. pure l'arresto d'Angers contro del quale il ricorso era diretto.

(8) Cassaz. 12 di ottobre 1812 (Devill., 4, 1, 199. Dalloz, 5, 582).

glie, che ha cura'o da chirurgo nella malattia, della quale è morta. Qual errore non sarebbe quello di attribuire alle cure passaggiere dell'uomo dell'arte una liberalità, che si spiega per mezzo di una delle più potenti affezioni di questo mondo (1)!

643. La liberalità non sarebbe neppure nulla di pieno dritto nel caso, che il Medico avesse sposata la sua ammalata nel corso della sua ultima malattia, e nel quale gli avesse ella assicurato un utile nel contratto di matrimonio. L'affezione, che ha determinato il matrimonio, dà alla liberalità una causa onesta, e la donazione si sostiene per la stessa libera impulsione, che sostiene il matrimonio (2).

Sarebbe unicamente l' opposto, se le circostanze provassero chiaramente, che il matrimonio è stato il frutto della violenza e della frode, e che si è preso a gioco il più sacro contratto per soddisfare una colpevole avarizia (3).

L' art. 1094 permette a' coniugi di donarsi e di ricevere senza eccettuare i coniugi medici. Secondo l'art. 212 i coniugi si debbono reciprocamente soccorso ed assistenza. Questo testo è sufficiente per stabilire, che la proibizione generale dell' articolo 909 non riguarda i coniugi (4) (a).

644. Affinchè l' incapacità pronunziata dal nostro articolo abbia luogo, bisogna, che la liberalità sia stata fatta nel decorso dell'ultima malattia, e che il medico, chirurgo, o farmacista abbia curato il defunto in quest'ultima malattia. Se il donante o testatore si ristabilisse dalla sua infermità, e lasciasse sussistere la sua liberalità, la confirmerebbe solo per questo, ed ogni idea di mancanza di libertà svanirebbe. Se il medico gratificato non curava il defunto nella sua ultima malattia, non è meno evidente, che sarebbe esonerato dalla disposizione dell' art. 909.

645. La semplice somministrazione de' rimedi da un farmacista non potrebbe essere assimilata ad un trattamento nel senso dell'articolo 909. L'incapacità colpisce solo i farmacisti, che sortono dal circolo delle loro funzioni ordinarie per visitare l' ammalato, dirigerlo, e trattarlo (5). Tutto ciò dipende dalle circostanze.

646. Vi sono delle persone di una complessione delicata, che senza essere veramente ammalate, hanno sempre bisogno di cure, di precauzioni, di certi consigli. A codeste persone non si applica necessariamente il nostro articolo, perchè non bisogna confondere la sofferenza, lo stato valetudinario con la malattia. Una persona debole, tormentata da dolori, sottoposta ad un regime penoso, può ben prolungare la sua vita, e morire di vecchiaja. Se una persona di tal fatta muore in età di più di 80 anni dopo di avere fatta più anni prima una liberalità al suo medico, si dirà forse, ch' è morta della malattia, e che la liberalità è nulla? Nò certamente (6), perocchè è soccumbuta sotto il peso dell' età e non per una malattia mortale, nella quale la sua volontà è stata sorpresa. Qui non concorrono le condizioni dell' art. 909.

647. Quando la legge si è mostrata così cauta contro professioni da essa riconosciute, ed onorate nel pubblico, si deve credere, che con più forti ragioni distende le sue proibizioni contro gli empirici ed altri individui senza missione riconosciuta, senza titolo legale, che esercitano indebitamente l'arte di guarire, è possono sorprendere lo spirito dell' ammalato (7). « Sarebbe superfluo, diceva il tribuno « Jaubert, di rimarcare, che la legge colpirà « per via di necessaria conseguenza tutti colo« ro, che sprovveduti di titolo legale, osasse« ro nondimeno ingerirsi nell' arte di guari« re (8). »

È vero, che un arresto della Corte di Cassazione (camera de' ricorsi) de' 24 di luglio 1832 (9) sembra decidere il contrario. Ma non credo, che quest'arresto sia sufficiente per formare giurisprudenza. Il rigetto del ricorso era talmente comandato dallo stato de' fatti, dichiarati costanti nel processo, era così evidente, che la qualità di medico pratico non aveva determinato il legato, appariva così chiaramente, essere stata la liberalità determinata da una lunga e profonda affezione, che la quistione di dritto non ha dovuto avere ve-

(1) Torino, 19 di aprile 1806. Cassaz., 30 di agosto 1808.

(2) Cassaz, 30 agosto 1808 (Devill, 2, 1, 575).

(3) Cassaz., 11 gennaio 1820 (Devill., 6, 1, 164) 21 agosto 1822 (Devill., 7, 1, 129) Parigi 1ª Camera, 11 novembre 1851 sotto la mia presidenza: Coillo contro Patté. La signora Alessandrina Beranger aveva sposato Patté suo medico nella sua ultima malattia. Risultava da' fatti, che la signora Beranger non era felice nella sua famiglia, e che desiderava vivamente di maritarsi per scuotere il giogo di un padrigno, suo ex-tutore; che amava Patté, e n'era riamata. D'altronde la fortuna era poco considerevole — Un arresto di Parigi de' 24 di febbraro 1817 troppo assoluto ne' suoi termini è spiegato, e con ragione criticato, dal sig Devilleneuve, 5, 2, 241.

(4) Toullier, t. V, n. 66.

(a) Questi due articoli corrispondono agli articoli 201 e 825 delle nostre Leggi civili.

Il traduttore.

(5) Cassaz.; rigetto 12 ottobre 1812 (Dalloz, 5, 582. Devill., 4, 1, 199).

(6) Cassaz., 12 di gennaio 1833 (Dalloz, 33, 1, 71). V. sopratutto l'arresto d'Agen, contro del quale il ricorso era stato diretto.

(7) Parigi, 9 maggio 1820 (Devill., 6, 2, 258). Grenoble, 6 febbraio 1830 (Devill., 9, 2, 391. Dalloz, 30, 2, 225). Pothier, *Donat.*, 1, 2, 8. Grenier, n. 128. Ferrières *su Parigi*, art. 276, n. 52. Arresto del Parlamento di Tolosa de' 21 giugno 1594 (Cambolas, 2, 3).

(8) Fenet, 12, 583.

(9) Dalloz, 32, 1, 300, 301.

ma importanza agli occhi della camera dei ricorsi, nè veggo nullo di decisivo in un considerando, opera del solo relatore (1), e che non ha potuto colpire l'animo della corte. Non si esiterà dunque in presenza della dichiarazione del signor Jaubert e de' monumenti così costanti dell' antica giurisprudenza sul vero senso dell' art. 909.

648. I guard-ammalati non sono l' obietto di veruna incapacità, dappoichè non ve n'è alcuna pronunziata contro di essi (2). Ed è lo stesso delle levatrici, che si circoscrivono nell' arte loro (3), nè sarebbe diversamente, che in quanto esse usurpassero i dritti de' medici. (Legge del 19 ventoso an. X, art. 30).

649. Veniamo ora all' incapacità de' ministri del culto, i quali sono assimilati a' medici, e non possono ricevere dall' ammalato, che hanno assistito nella sua ultima infermità.

L' impero del ministro del culto è ancora maggiore di quello del medico, ed in tutt' i tempi le leggi hanno voluto, che l' ammalato fosse affrancato dal suo ascendente. Si può vedere il Codice Teodosiano con le spiegazioni di Gotofredo (4). Per lo che il nostro articolo pone un freno alle sollecitazioni de' vantaggi particolari degli ecclesiastici, e vedremo nel l'articolo seguente quel, che concerne i vantaggi fatti alla Chiesa.

Specialmente il confessore può agire sull'animo del suo penitente, e fare volgere a suo profitto il fervore religioso di costui; epperò lui soprattutto trovasi direttamente colpito dal nostro articolo. Quasi sempre de' confessori parlano gli autori antichi e moderni (5).

650. Da ciò si è conchiuso, che l' art. 909 per essere applicato nel suo vero spirito, doveva essere inteso relativo soltanto al Prete, che avesse diretta la conscienza dell'ammalato nel Tribunale della penitenza nella sua ultima malattia. Ma quest'opinione è troppo assoluta, comunque consacrata da un arresto della Corte di Grenoble (6). Il Prete può assistere l'ammalato in molte diverse maniere, con delle istruzioni, dell' esortazioni, de' consigli, delle conferenze, delle preparazioni. Non sono forse queste delle occasioni di dare allo spirito dell' ammalato una certa piega e di avvilupparlo in captazioni ? Il perchè è da rimarcare, che l'arresto della Corte di Cassazione, che ha rigettato il ricorso prodotto contro l' arresto di Grenoble, non dà all'art. 909 il senso stretto, che combattiamo. « Attesochè l'incapacità, che « risulta dall' art. 909 non è assoluta, e non « si applica, che a que' membri del culto, che « hanno adempito le funzioni del loro culto « presso del testatore: attesochè l' arresto attaccato decide in fatto, che Luigi S. Gior« gio *non ha adempito veruna funzione di* « *questa specie presso di Montlovier*; da che « siegue , esser egli capace di ricevere dal « detto Montlovier ogni specie di legato (7)».

651. Il perchè il ministro protestante, che assiste l'ammalato nella sua ultima malattia, è incapace, checchè ne dica il signor Toullier (8) Che importa, che non confessa? dà de' soccorsi spirituali ; dirige la conscienza: è quanto basta (9). Se l' art. 909 avesse voluto limitarsi a' preti cattolici, non si sarebbe servito delle espressioni *ministro del culto*.

652. Rimarchiamo del resto, che un atto isolato del ministro, come l' amministrazione della estrema unzione fatta nell' ultimo momento senz' altra comunicazione spirituale, non sarebbe sufficiente per far pronunziare l' incapacità (10): Ove sarebbe la captazione? Ove sarebbe l' occasione d'una sorpresa ? La legge deve intendersi in una maniera ragionevole , e si debbono respingere le esagerazioni e le interpretazioni abusive.

653. Siccome le incapacità sono di dritto stretto, non si debbono estenderle da un caso all'altro. Così la Corte di Pau ha deciso con arresto de'24 di agosto 1825. che il Prete, che ha assistito il testatore , può senza difficoltà essere nominato esecutore testamentario, quando non si scorge, che questa qualità gli è stata data per ascondere un legato vietato (11).Ed in effetti la legge esclude dalla funzione di esecutore testamentario quelli soltanto, che non possono obbligarsi. D'altronde si sa l'enorme differenza tra il ricevere una liberalità e l'essere nominato esecutore testamentario. L'esecutore testamentario non profitta di nulla, ed è non altro, che un semplice mandatario; tutto è peso per lui invece di esservi emolumento, e deve un conto fedele della sua gestione.

654. Nondimeno si deciderebbe diversamente, se il mandato di esecuzione testamentaria servisse ad occultare una liberalità.

655. In tutto questo si farà una distinzione tra la liberalità, che è un vantaggio personale del ministro del culto, e quella, ch'è piuttosto diretta alla Chiesa, che a lui. Questa non è colpita dal nostro articolo, benchè il ministro del culto possa profittarne, mentre egli è addetto allo Stabilimento religioso, che si è avvantaggiato (12).

(1) Signore di Minerville.
(2) Furgole, q. 34. Toullier, t. V, n. 67.
(3) Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. 1, 1, 548.
(4) XVI, 2, 20. Gibbon, t. V, p. 51.
(5) Furgole, V, 1, 11. Ricard, n. 515. Catellan, lib. 2, cap. 103.
(6) 16 di aprile 1806 (Devill., 2, 1, 389).
(7) 18 maggio 1807 (Devill., 2, 1, 389).
(8) T. V, n° 70.
(9) Bayle-Mouillard su Grenier, t. 1, p. 549. Armand Dalloz, v° *Disposizioni tra vivi*, n° 219.
(10) Tolosa, 20 novembre 1835 (Dalloz 36, 2, 39).
(11) Dalloz 25, 2, 5.
(12) V. gli arresti riportati da Ferrieres sopra *Parigi*, art. 276, n° 49.

656. L'interposizione delle persone può essere praticata per eludere l'art. 909, ed a tal riguardo rinviamo all'art. 911, che è la sede della materia.

657. Si rimarcherà, che gli Avvocati non sono colpiti dall'art 909. La purità del loro ministero, diceva l'Avvocato generale Talon, è distaccata dalle cattive impressioni, che hanno messo i Medici ed altri nella proibizione (a).

ARTICOLO 910 — 826

Le disposizioni tra vivi o per testamento a favore degli ospizi, dei poveri d'una Comune, o d'uno stabilimento di pubblica utilità non avranno il loro effetto, che in quanto saranno autorizzati da un'Ordinanza reale (b).

SOMMARIO

658. Variazioni del dritto romano sulla capacità dei corpi morali e degli stabilimenti pubblici di essere istituiti eredi.
659. O di ricevere in qualità di legatari.
660. Le disposizioni in favore del popolo romano profittavano al tesoro pubblico.
661. Progresso della capacità della persona morale e degli stabilimenti pubblici sotto gl'imperatori cristiani. Oggi tutti i corpi morali sono capaci di acquistare tra vivi o a causa di morte.
662. Distinzione da farsi tra i corpi morali privati ed i corpi morali pubblici.
663. Gli stabilimenti pubblici sono civili o religiosi.
664. In Roma gli stabilimenti pubblici non potevano ricevere, che in quanto la loro esistenza era riconosciuta dal potere centrale: — Ovvero era valida la disposizione, se era certo, non esser essa fatta al corpo, ma agl'individui *ut singuli*.
665. Questi principi sono stati adottati dal Codice.
666. Ma presso di noi bisogna, che la liberalità sia specialmente autorizzata. — Spiegazione storica di questa condizione.
667. Il dritto di ammortizzazione era ignoto ai Romani.
668. Non resta ora di questo antico dritto feudale, che un dritto di tutela e di polizia, esercitato dallo Stato sui pubblici Stabilimenti.
669. Bisognano quindi sotto del Codice due autorizzazioni: autorizzazione di esistenza ed autorizzazione di accettazione.
670. Delle leggi dei 2 di gennaro 1817 e 24 di maggio 1825 sulle congregazioni religiose. — Le congregazioni religiose non possono nè possedere nè ricevere, se non sono formalmente istituite dalla legge.
671. Le congregazioni religiose di uomini non essendo autorizzate dalla legge, le case dei Gesuiti sono incapaci di acquistare a titolo gratuito.
672. Della congregazione dei fratelli della dottrina cristiana — Decreto dei 17 di marzo 1808 ed Ordinanza dei 29 di febbraro 1816.
673. Questa congregazione ha per eccezione il carattere di stabilimento pubblico, ed a tal titolo è capace di ricevere.
674. Argomenti dell'opinione contraria.
675. Confutazione di questi argomenti.
676. Dell'autorizzazione di accettare necessaria agli stabilimenti pubblici. — Disposizioni legislative, che presso di noi hanno regolato in differenti epoche codest'autorizzazione.
677. Questa necessità dell'autorizzazione apporta sovente po' ritardi, che produce, dei veri danni pei pubblici stabilimenti.
678. La legge dei 18 di luglio 1837 ha rimediato a questi inconvenienti in quel, che riguarda i comuni. Ma continuano a sussistere relativamente agli Ospizi, Stabilimenti di beneficenza, ed altri — Arresto della Corte di Parigi, che ha giudicato questo ultimo punto.
679. Altro arresto della medesima Corte, che applica ai Comuni la legge dei 18 di luglio 1837.
680. La costituzione del 1848 nel favorire il diritto di associazione in materia politica o religiosa, ha forse permesso ai particolari di dispensarsi dell'autorizzazione dello Stato per formare delle comunità aventi il carattera di stabilimenti pubblici?
681. Vi sono d'altronde delle società, come le coogregazioni religiose, che essendo pubbliche per loro natura, non possono rendersi per propria volontà società private.
682. Occorre dunque a questa società uno stabilimento legale.
683. Sugli Stabilimenti religiosi lo Stato deve estendere la sua tutela nell'interesse delle famiglie.
684. Dei mezzi frequentemente adoprati per frodare la legge a profitto degli Stabilimenti religiosi.
685. Del rimanente l'appuramento di questi mezzi può farsi in giudizio con l'ajuto di tutte le circostanze, di tutti gl'indizi della causa, ed anche della pruova testimoniale.
686. Dalle presunzioni abituali, d'onde risulta l'interposizione delle persone.
687. La pruova di un accordo formale tra il disponente ed i legatarj apparenti non è una circostanza necessaria.
688. Objezioni dalle congregazioni religiose non autorizzate, che pretendono, che non essendo riconosciute dalla legge, debbono avere la capacità di semplici particolari — Arresto della Corte di Grenoble favorevole al loro sistema.
689. Confutazione di questo arresto.
690. Decisioni in senso contrario.— Arresto della Corte di Parigi nella causa Sojecourt.
691. Osservazione su quest'arresto
692. Degli stabilimenti religiosi legalmente istituiti. Legge dei 24 di maggio 1825.— Proibizione del legato universale.
693. Fissazione al quarto della quota disponibile nel caso, in cui il disponente faccia parte dello stabilimento religioso, al quale dona.
694. Presunzione d'interposizione tra le Suore appartenenti allo stesso stabilimento — La dote pagata in generale d' ogni novizia non deve essere imputata sulla porzione disponibile.
695. Dell'antica legislazione sulle doti recate nelle comunità.

(a) Abbiamo avvertito nella nota alla pag 2'3 che le nostre leggi civili hanno compreso anche gli Avvocati nella proibizione. La nuova legislazione ha voluto essere più severa, e conviene dire anche più giusta in quantochè ha assimilato una professione onorevolissima ad altro non meno onorevoli. Del resto bisogna applicare all'Avvocato tutto quello, che si è detto del medico, se dei rapporti di amicizia o altra giusta causa, ebe allontana ogni pericolo di suggestione, ha determinato il legato. — *Il tradut.*

(b) A quest'articolo corrisponde senza varietà l'articolo 826, delle Leggi civili. — *Il tradut.*

Digitized by Google

696. Delle suore ospedaliere e delle suore della carità. — Decreto dei 18 di febbraro 1809.
697. La legge dei 24 di marzo 1825 ha derogato questo decreto in ciocchè le concerne.
698. Del ritorno dei beni donati al donante o suoi aventi causa nel caso, in cui uno Stabilimento religioso venisse ad estinguersi.
699. Della ripartizione tra gli stabilimenti ecclesiastici e gli ospizj, se si tratta di beni comprati.

COMENTARIO

658. Abbiamo detto qui sopra (1), che i corpi morali e gli stabilimenti pubblici sono delle persone capaci di ricevere delle liberalità; la quale regola non è stata sempre accettata del dritto romano (2). Così per esempio le Città non potevano essere istituite eredi o legatarie. « *Nec heredem institui; nec praeci-* « *pere posse rempublicam constat* », diceva Plinio il giovane in una lettera, ove dichiara di non voler usare di questo rigore del dritto contro la Città di Como, alla quale Saturnino aveva legato 400 mila sesterzi con un testamento, che l'instituiva erede (3). Se si consulta la legge, egli aggiungeva, il legato è nullo; se si considera la volontà del defunto, è valido. Per me preferisco la volontà del defunto alla legge. *Mihi autem defuncti voluntas (vereor quam in partem jurisconsulti, quod sum dicturus, occipiant)*, *antiquior jure est* Epperò voglio, che Como, nostra Patria, profitti della liberalità, che l'è stata fatta.

Del resto Ulpiano conferma questo punto di dritto nel seguente passo: « *Nec municipia* « *nec municipes heredes institui possunt, quo-* « *niam incertum corpus est, et neque cernere* « *universi, neque pro herede gerere possunt,* « *ut heredes fiant.* » (4)

Nonpertanto l'istesso autore c'insegna, che da un Senatusconsulto era stato permesso a' liberti di queste città d'instituirle eredi (5); e così potettero in virtù di questo Senatoconsulto ricevere delle eredità in virtù di fedecommesso (6).

Nel 469 il dritto cessò di presentare queste discordanze, e l'Imperatore Leone accordò alle città, ed ai comuni il dritto di ricevere ogni specie di successione testamentaria (7).

Ecco dunque quale fu la progressione in ciò, che concerne l'instituzione di erede: dapprima incapacità; poi capacità limitata alle instituzioni fatte dai liberti delle città, ed ai fedecommessi; da ultimo capacità intiera.

659. Per quanto riguarda i legati Nerva dapprima ed in seguito Adriano, quest'ultimo di una maniera generale e per mezzo di un Senatusconsulto, accordarono alle città il dritto di riceverne (8). Il corpo del dritto contiene molti esempi di queste liberalità (9), e se Plinio, che viveva dopo di Nerva, parla ancora dell'antico divieto, è perchè è probabile, che le misure prese da questo Imperatore, e delle quali non conosciamo l'estensione, non ebbero un carattere generale. Checchè ne sia, si veggono, a cominciare da quest' epoca, i collegi (10) i tempi (11) ed anche i villaggi (12) investiti dello stesso dritto delle città per ricevere dei legati.

660. Relativamente allo Stato, o come allora si diceva al Popolo romano, fu esso soggettato alla legislazione rigorosa e sottile delle persone incerte? Non lo pensiamo. Svetonio racconta, che l'Imperatore Augusto lasciò al popolo romano una somma equivalente a 7 milioni e 500 mila franchi (13). In realtà il tesoro pubblico (*l' erarium*) era veramente istituito erede (14). Il che spiega la validità de'testamenti, co'quali vediamo de'Re istituire erede il popolo romano, a meno che non si dica, che il popolo romano, essendo la sorgente di tutt'i dritti, si trova messo al di sopra di tutte le incapacità (15).

Lo stesso Svetonio racconta ancora, che Augusto legò 18750 franchi a ciascuna tribù. Ma in quell'epoca le tribù erano più capaci di ricevere delle città? È probabile, che Augusto volle dire, che questa somma doveva essere

(1) N° 556.
(2) N° 556, sopra. Sui corpi morali, università, collegi, ecc. v. i titoli del Digesto, *Quod cujuscumque universit.* ed anche *De colleg. et corpori.*
(3) V. 7. Questa Città di Como è chiamata da Plinio Repubblica (*reipublicae nostrae*) In questa epoca era questo il linguaggio giuridico. La parola *Repubblica* designava ordinariamente una città dipendente. L. 31, §. 1, D., *De furtis*. Savigny, *Trattato di dritto romano*, t. II, p. 247.
(4) Framm. 22, 5.
(5) Luog. cit. Savigny, luog. cit.
(6) Ulp. loc. cit. L. 26, e 27, D., Ad S. C. Trebell.
(7) L. 12, C., *De hered. instit.*
(8) Ulp. framm. 25, § 28. Caje 2, comm. 195.
(9) L. 32, §. 2, D., *De legat.* 1° L. 77, §. 3, *De legat.* 1° L. 6, 21, § 3, 24, D, *De annuis legat.* L. 20, § 1, D., *De alim. legat.* L. 6, §. 2, D., *De Auro.* L. 2, D, *De reb. dubiis.*
(10) L. 20, D., *De reb. dubiis.*
(11) L. 20, § 1, D., *De annuis legat*, e 38, §. 2, D, *De auro.*
(12) L. 73, § 1, D. *De legat.* 1°.
(13) Oct. August. 101.
(14) Savigny, t. 2, p. 306.
(15) Id. p. 308.

divisa tra'cittadiai di ciasuna tribù (1). Noa era il corpo morale che riceveva ma gli abitaati *ut singuli*.

661. Sotto gl'Imperatori cristiani la capacità delle persoae morali e degli stabilimenti pubblici fece dei auovi progressi: le corporazioai religiose si moltiplicarono, e furono circondati dal favore pubblico; il privilegio, che avevano avuto i Dei del paganesimo d'essere istituiti (2) noa poteva mancare di essere esteso nlle Chiese ed alle Corporazioni formate dalla religioac cristiana (3). Onde Costantino volle, che i legati fatti ai corpi religiosi fossero rispettati e validi (4).

Tale è ora il dritto comune; ogni corpo morale offre sotto l'associazioae delle individualità, che lo compongoao, una persona civila capace di ricevere. I corpi morali possedoao, soao proprietari, acquistaao ec. ec. (5). Per lo che soao capaci di acqaistaro tra vivi o a causa di morte. Ecco la regola.

662. Ma il dritto pubblico vi apporta uaa eccezioae capitale, della quale bisogaa occuparsi.

Vi sono dei corpi morali civili, e dei corpi morali pubblioi (6), i primi soao formati dalla volontà libera dei particolari, che si riuaiscoao in società (7); i secoadi esistono solamente pel coacorso dell'autorità pubblica, che permette la loro formazione (8). I corpi morali civili sono le società private, sia civili sia commerciali; i corpi morali pabblici sono i collegi, le corporazioni, le accademie, i comuai ec. (9). Or come i corpi morali pubblici non possono formarsi seaza l'autorizzazione del goverao, così occorre ua' autorizzazione per acquistare a titolo gratuito. Gli acquisti di questo geacre iaterессаао l'ecoaomia politica, comechè possono concentrare delle troppo graadi ricchezze aelle maai di questi stabilimenti, possono sottrarre dalla circolazioae dei beni, che posseduti dai particolari, alimeatcrebbero l'attività ecoaomica, possoao spogliare le famiglie e dare una troppo graade prepoaderanza all'iateresse delle corporazioni sull'interesse domestico. Laonde lo Stato è chiamato a portare la sua vigilaaza da questo lato. Ed ia questa materia il foadameato del dritto dello stato si è, che gli stabilimeati pubblici, preseataado ua caratters di utilità pubblica, ed esseado formati per lo pubblico, soao messi sotto l'occhio del governo, che aon solo deve vegliore alla loro coaservazioue, ma aache alla loro polizia.

Tale è la grande differeaza, che esiste tra i corpi morali privati ed i corpi morali pubblici, i primi si formaao dalla volontà libera della parti, e la loro coaservaziane e la loro polizia sono regolati dal dritto privato. Ma i secondi sono legati per la laro essenza alla polizia pubblica, nè possono distaccarseae.

663. Gli stabilimeati pabblici soao di due sorti civili e religiosi.

Gli stabilimeati pubblici civili soao le città i comuni, gli ospizj, gli stabilimenti di carità, le accademie, le biblioteche pubbliche, i monti di pietà, le casse di risparmio, i teatri, i musei, ec. Gli stabilimeati religiosi soao le Chiese a loro edifizj, i semiaari, i coaventi, i monasteri le coagregazioai ec.

664. I romaoi avevana a tal riguardo un priacipio costante, ed era, che uaa liberalità fatta ad uno stabilimento di questo geaere non era valida, che in quanto esisteva regolarmeate per l'autorizzazioae del potere centrale (10). E la liberalità si sosteneva soltaato, quando era certo, essere essa fatta aon alla corporazioae, ma agl'individui *ut singuli* (11). Quantunque la corporazioae sia iacapace, gl'individui possono noa esserlo. Oude ua legato può dirigersi a loro: « *Nisi singulis legetur*, » dice il Giureconsulto Romano, *hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum* (12). » Ma quando era certo, che la corporazioae, e aoa gl'individui, era stata gratificata, e che questa corporazioae non era stata autorizzata, il legato era seuza valore. Si vede un esempio di questa regola nella legge 1, C., *De judeis*, che dichiara aulli i legati fatti alle uaiversità di ebrei per la ragione, che queste università eraao illecite.

665. Questi principî soao i aostri. Uao stabilimento pubblico, che esiste soltanto per la pubblica autorizzazione, non potrebbe ricevere una liberalità, se questa autorizzazione, gli mancasse. Senza di essa è una frode fatta alla legge, non vive, che per an abuso, e questo abuso aoa può giovargli. Però i suoi membri aon essendo colpiti da incapacità individuali, possoao essere istituiti, poichè *ut singuli* sono nel dritto comune. Solameate bisogna, che il dispoaente abbia la voloatà d'istituirli veramente, e non di gravarli di ua fedecommesso tacito a favore dello stabilimeato vietato. Imperocchè si compreade, che ia simile casa il legato non sarebbe migliore, che se lo stabilimeato fosse stato istituito direttameate.

666. Ora questa prima condizione, la cui

(1) Savigny, *loc. cit*
(2) Ulp. framm. 22, § 6 Sopra n. 559.
(3) L. fin., C. *De sacros. ecclesiis*.
(4) L. 1, C., *De sacros ecclesiis*.
(5) Il mio comm. *Della Società*, t. I, n° 58 e seg.
(6) Id., n. 61.
(7) Id., n. 69.
(8) Id., e Puffendorff, 1, 12 e 15.
(9) Il mio comm. *Della Società*, n. 69.
(10) L. 20, D., *De reb. dubiis*. L. 3, § 1, D., *De collegiis*. L. 1 D., *Quod cujusc. universit.* Il Sig. de Savigny ha cercato le ragioni di questa necessità di autorizzazione t. II, p. 275 e seguenti.
(11) L. 20, D., *De reb. dubiis*. Furgole, VI, 1, 41.
(12) L. preeit.

prima idea si trova nel dritto romano, bisogna aggiungerne un'altra, che è propria del nostro dritto francese; cioè che la liberalità sia specialmente autorizzata. Ne abbiamo detto or ora i motivi; bisogna pensare alle famiglie; proteggere il movimento della ricchezza contro la manomorta; bisogna impedire la troppo grande concentrazione dei capitali mobiliari o immobiliari in corporazione, che non debbono essere troppo potenti.

I Romani non avevano imposta questa condizione, perocchè eglino avevano piuttosto avvertito da lontano, che veduto da vicino come noi gl'inconvenienti dei beni della manomorta (1). Nella loro legislazione la liberalità era acquistata, e poteva essere liberamente accettata, purchè lo Stabilimento fosse stato riconosciuto (2). Ma l'esperienza acquistata nei secoli, che precedettero l'organizzazione regolare e completa del potere centrale, aveva imparato alla Francia i pericoli dello troppo grandi fortune accumulate nelle mani dei pubblici stabilimenti. Le fondazioni religiose e le liberalità fatte ai Conventi li misero sopratutto in evidenza per la loro troppo grande estensione. In origine si erano favorite ed ecoitate le liberalità di questo genere (3); più tardi si fu obbligato di moderarle. Sin dal duodecimo secolo il potere reale portava la sua sollecitudine da questo lato. Da una parte i cambiamenti sopravvenuti nello stato dei Comuni permisero ai Re d'immischiarsi nell'amministrazione de'loro beni (4); dall'altro il patronato, che la Corona esercitava sugli Stabilimenti religiosi le dava adito al temporale. Siccome, giusta il dritto feudale, il Re era riputato di avere la direzione universale del regno, la Corona argomentò da tal dritto per stabilire il dritto di ammortizzazione, dritto demaniale, inalienabile, ed imprescrittibile, per effetto del quale il solo Re poteva permettere alle genti di mano morta di possedere perpetuamente de'fondi (5); dritto fiscale ancora, che come corrispettivo di questo permesso obbligava i beni di mano morta a pagare al Re una somma di denaro per indennizzarlo della perdita del dritto di mutazione, che avrebbe dovuto essere da lui percepito, se fossero stati posseduti da particolari, soggetti a mutazioni, invece di essere posseduti da persone, che non muojono e non alienano. Gli *olim* provano l'antichità di questo dritto (6), del quale si trovano pure delle tracce in Bouteiller (7).

667. Gli scrittori feudali (8) hanno cercato nel dritto romano l'origine del dritto di ammortizzazione, ed hanno citato in appoggio la l. 9, § 1, D. *de divis rer.*, che dice: *Sciendum est, locum publicum tunc sacrum fieri posse, cum princeps eum dedicavit vel dedicandi dedit potestatem*, alla quale bisogna aggiungere la legge ultima D. *ut in posses. legat.*, la quale dice, che con la sola permissione del Principe può consagrarsi una cosa pubblicamente: *Quid publice consecraverit, permissu imperatoris*. Ma Peckio ha respinta questa opinione (9), e si fonda sulla legge 1, C., *De sacrosanctis ecclesiis*. Ed in effetti questa legge, che è emanata dall'Imperatore Costantino, dice: « *Habeat unusquisque licentiam sanctissimo Catholico venerabilique concilio decedens, bonorum, quod optaverit, relinquere, et non sint cassa judicia ejus.* » L'intervento del Principe, di cui è quistione nelle leggi romane per consacrare alla religione o al pubblico dei beni privati, non ha nulla di comune con questo dritto, di cui qui ci occupiamo. I beni de'Comuni, delle Chiese, de'corpi morali pubblici non sono beni pubblici o sacri, ma sono posseduti *jure proprio*, da quei Stabilimenti, che ne sono proprietari secondo il dritto civile. Epperò la verità si è, che l'ammortizzazione era un dritto ignoto ai Romani, e nato dalle viscere della feudalità. Frequentemente servì ai Re per procurarsi del denaro nelle loro angustie: e poichè gli Stabilimenti pubblici cercavano di farvi frode, si vede il regio demanio rivenire da tempo in tempo sul passato, rimproverare alle corporazioni di possedere dei beni non ammortizzati dal Re, e soggettarli per questa causa a delle tasse e delle composizioni (10) (a).

668. Ora il dritto di ammortizzazione non esiste più nella sua forma primitiva, ed altro non ne resta, che un dritto di tutela e di polizia, esercitato dal potere centrale su i pubblici stabilimenti. L'involucro feudale è scomparso, ed ha dato luogo ad un principio d'ordine sociale, che provvede agl'interessi della proprietà, della famiglia, e dell'economia politica.

669. È dunque costante, che i Comuni, gli Ospizi, gli Stabilimenti pubblici laici o religiosi non possono accettare dei legati o delle

(1) Lefevre *sulle donazioni e legati fatti agli Stabilimenti pubblici* (*Rivista straniera*, t. VII, 1850, p. 396).

(2) L. 20, C Teod. *De episcopis*, col comment. di G. Gotofredo. V. pure S. Girolamo, che si duole della cupidità degli Ecclesiastici del suo tempo (2, *epist.* 12). Gibbon, t. V, p. 51, ha insistito su di ciò, e ricordato i monumenti.

(3) L. di Bavarese, c. 1. L. degli Allemanni, c. 1.

(4) Leber, *Istoria critica del potere municipale*, p. 373 e seg. Prefazione delle *Ordinanze*, t. XI, p. 46.

(5) Bacquet, *Dritto di ammortizzamento*, cap 39, n. 3. Egli fa rimontare l'idea dell'ammortizzazione al *jus sacrum* de' Romani ed a quel, che insegna Cicerone, *Pro domo sua*, che al popolo solo appartenevа di trarre dal commercio le cose sacre.

(6) Bacquet, *luog. cit* cap. 41, n. 2, art. 1277.

(7) *Somma rurale*, 47. Leber, p. 382.

(8) Bacquet, 41, 3.

(9) *De amortizatione bonorum*, c. V, n. 2.

(10) Bacquet, 43, 1.

(a) Abbiamo esposto nella nota alla p. 200 lo antico nostro leggi sull'ammortizzazione, comunque quelle disposizioni riguardano un oggetto diverso.—*Il trad.*

Digitized by Google

donnzioni, che con l'autorizzazione del governo.

Da che due cose per gli stabilimenti pubblici: 1° che la loro fondazione sia autorizzata (1); 2°. che dippiù ricevano l'autorizzazione speciale di accettare la liberalità, che loro è fatta.

670. In quanto al primo punto faremo rimarcare qui, che se tra le corporazioni religiose ve ne sono di quelle, tali da essere vedute con favore ed autorizzate, come per esempio le congregazioni di donne votate a delle opere di carità (2), ve ne sono delle altre, la cui fondazione non è suscettibile di essere autorizzata a causa di certi inconvenienti, di cui l'ordine pubblico e politico è preoccupato. Queste sono le associazioni religiose di uomini, abolite dalla legge dei 18 di agosto 1792. Molte sono tollerate, altre sono state ristabilite in virtù di decreti o di ordinanze. Si possono citare i *Lazaristi*, la di cui esistenza è riconosciuta con Ordinanza dei 3 di febbraio 1816. È lo stesso della società di Picpus e della congregazione delle Missioni straniere, che sotto l'impero dell'art. 271 del Codice penale sono state provvedute di autorizzazione (3). Ma queste autorizzazioni non danno loro la qualità di stabilimenti pubblici, di persone giuridiche, che possono arricchirsi con delle liberalità e delle successioni testamentarie. Onde una congregazione religiosa possa acquistare e possedere, occorre, che sia istituita dalla legge, secondo i termini precisi della legge de'2 di gennaro 1817, confermata dalla legge de'24 di maggio 1825 (4). La legge costituisce la sua fondazione, lo eleva al grado di persona pubblica, gli dà la capacità civile, senza di che è una semplice associazione priva di carattere. Or non v'è legge in Francia, che autorizzi delle congregazioni di uomini, giacchè la legge de'24 di maggio 1825 ammette solo le congregazioni di donne a beneficio di uno stabilimento legale, e col suo silenzio sulle congregazioni di uomini gli esclude, ed è il caso di dire: *Qui dicit de uno, de altero negat* (5) (a).

671. Se tal'è la condizione delle congregazioni di uomini, di cui abbiamo parlato, quanto a più forte ragione si debbono riguardare come incapaci di acquistare a titolo gratuito le case dei gesuiti, che non hanno mai ricevuto dal Governo una provvisoria autorizzazione? (6) Inoltre si rammenta l'ordine del giorno della Camera dei Deputati dei 3 di maggio 1845, che dice: La Camera riposandosi sul governo della cura di far eseguire « le leggi dello stato, passa all'ordine del « giorno»(7). Deeiamo nondimeno, che dopo la costituzione del 1848, e dopochè si è veduto un abito di domenicano nella costituente, sarebbe difficile, che le leggi dello stato colpissero la semplice esistenza di fatto delle società religiose, e anche quelle dei gesuiti.

672. Ma le nostre leggi hanno costituita una posizione privilegiata alla congregazione dei fratelli della dottrina cristiana, che pel suo scopo di pietà, pei suoi attivi servigi, per la modestia della sua esistenza ha meritato una eccezione. Questa istituzione dei fratelli della dottrina cristiana data dal decimottavo secolo, ed è dovuta al venerabile abbate de la Salle, che la destinò all'istruzione primaria; e per quanto si sia fatto dopo, è ancora la più utile, che esiste in Francia per procurare alle classi

(1) Art. 910. Legge de' 2 di gennaio 1817. Legge de' 24 maggio 1825.
(2) L. de' 24 maggio 1825. Sopra n. 530.
(3) Sopra n. 529.
(4) Sopra n. 529 e 530.
(5) Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. I, p. 587.
(a) L'art 14 del Concordato con la Santa Sede de'18 di febbraro 1818 contiene quel, che siegue:
« Le attuali ristrette circostanze economiche del patrimonio regolare non alienato, e trovato da Sua Maestà al suo ritorno nell'amministrazione del così detto « *Demanio*, non permettendo di ripristinare tutte le « case religiose dell'uno e dell'altro sesso, le medesime verranno ripristinate in quel maggior numero, « che sarà compatibile coi mezzi di dotazioni, e specialmente le case di quegli Instituti, che sono addetti « alla istruzione della gioventù nella religione e nelle « lettere, alla cura degli infermi, ed alla predicazione. »
« I beni dei Regolari possidenti non alienati saranno « con debita proporzione ripartiti fra' conventi da riaprirsi senza avere alcun riguardo ai titoli della antica proprietà, che in vigore del presente articolo « tutti restano estinti. I locali religiosi non alienati (eccettuati quelli intieramente addetti ad usi pubblici) « se per mancanza di mezzi non possono ripristinarsi, « formeranno parte del patrimonio regolare, ed essendovi l'utilità del detto patrimonio, potranno anche « alienarsi colla condizione, che il prezzo, che se ne ritrarrà, debba surrogarsi con vantaggio del patrimonio medesimo. Si aumenterà il numero dei conventi « tuttavia esistenti dei religiosi osservanti, riformati, « alcantarini, e cappuccini, qualora le circostanze ed « i bisogni delle popolazioni lo richieggono. Fissate le « rendite e le località già enunciate, sarà libera la vestizione dei novizi degli ordini regolari possidenti « o delle monache in proporzione dei mezzi di sussistenza, come allo stesso modo sarà libera la vestizione dei novizi pe' religiosi mendicanti. Le doti delle fanciulle, che si monacheranno, saranno impiegate « in favore del Monistero secondo le disposizioni canoniche. Tutti i Religiosi sì mendicanti, che possidenti, « che saranno ripristinati, ugualmente che quelli, che « esistono, dipenderanno dai loro rispettivi superiori « generali. Ai religiosi di quegli ordini regolari possidenti, che si riammetteranno nei dominî di quà del « Faro, ottenendo l'indulto apostolico di secolarizzazione, e non essendo provveduti di beneficio ecclesiastico, il Governo per conto dell'erario continuerà a titolo « di patrimonio la pensione, di cui ora godono, finchè « sieno provveduti di un corrispondente beneficio o cappellania. Ai religiosi poi di quegli Istituti, che non « potranno ripristinarsi, il Governo continuerà indistintamente il pagamento delle loro attuali pensioni. »

Il traduttore.

(6) Cassaz, 8 di agosto 1826 (Dalloz, 26, 1, 56). Cass., 27 di aprile 1830 (Dalloz, 30, 1, 224).
(7) Laferriere, *Corso di dritto pubblico ed amministrativo*, t. I, p. 321.

Digitized by Google

povere i benefizi della prima educazione. Il decreto dei 17 di marzo 1808 (art. 109) ha ammesso nell'università il salutare concorso dei fratelli della dottrina cristiana, e l'ordinanza dei 19 di febbraio 1816 (art. 36 e 40) ha autorizzato i Comuni a chiamarli (1).

673. Adunque i fratelli della dottrina cristiana si distinguono da tutti gli altri stabilimenti religiosi, perchè sono uno stabilimento di carità pubblica annesso all'università. Il decreto dei 17 di marzo 1808 ha tanta forza di legge in ciò, che li concerne, quanta ne ha relativamente allo stabilimento ed all'organizzazione della stessa università, di cui sono una dipendenza.

Epperò non è dubbio, che i fratelli della dottrina cristiana, le cui comunità si sono formate sotto l'autorità del decreto dei 17 di marzo 1808 e dell'ordinanza del 1816, siano capaci di legati e donazioni. La loro fondazione ha il carattere di stabilimento pubblico, perocchè il decreto e l'ordinanza glielo imprimono, ed il decreto dei 17 di marzo 1808 vuole ancora, che questo stabilimento sia incoraggiato. Si fa buon uso dei propri beni quando con essi si gratifica una istituzione così utile agl'interessi dei poveri, e che ha un così splendido carattere di filantropia e di carità cristiana. Il perchè sono nei termini dell'art. 910 del Codice Napoleone, e numerosi antecedenti hanno autorizzato le liberalità, che sono state loro fatte.

674. Nondimeno si è tentato di fare una distinzione tra le comunità dei fratelli formate prima della legge dei 2 di gennaro 1817, e quelle, che si sono formate dopo. Per le prime non si è contrastata l'opinione, che abbiamo emessa, ma per le seconde taluni autori hanno pensato, che la legge dei 2 di gennaro 1817, confermata dalla legge dei 24 di maggio 1825 non permetteva di considerarli come costituenti un pubblico stabilimento per la ragione, che erano autorizzato da ordinanze e non da leggi (2).

« I fratelli, si è detto, sono veramente « una comunità religiosa, perchè riuniscono « i tre caratteri, che costituiscono le congre- « gazioni, e che sono: l'emissione dei voti, « l'ammessione dei novizi, e gli statuti reli- « giosi... Dopo la legge del 1825, che vuole, « che veruna congregazione d'insegnamento « di donne sia stabilita, se non per mezzo di « una legge, e dopochè i suoi statuti sono stati « approvati e registrati dal consiglio di stato, « non vi è anomalia a pretendere, che delle « congregazioni di uomini, formate nelle stes- « se condizioni e nello stesso scopo possano « essere stabilite in virtù di una semplice or- « dinanza o anche di una semplice decisione « ministeriale, e senzachè le stesse garentie « siano state prese relativamente ai loro sta- « tuti? (3) »

675. Malgrado queste ragioni il consiglio di stato ha sempre decisa la quistione nel senso della capacità dei fratelli, e pensiamo, che questa giurisprudenza è la migliore. Le congregazioni d'insegnamento delle donne, dalle quali si argomenta, non attingono il loro titolo in un atto del potere legislativo simile al decreto dei 17 di marzo 1808. La legge dei 24 di maggio 1825 ha dovuto dunque prendere le sue precauzioni contro di creazioni non conosciute dal pubblico potere. Al contrario le associazioni della dottrina cristiana hanno nel precitato decreto una ragione legittima di esistere, che li dispensa da un nuovo intervento del legislatore. Lo stato conosce che deve tenersi sul loro conto, li conosce, li distingue, gl'incoraggia. Epperò basta, che quelle, che vengono ad aggiungersi alle antiche per estendere i benefizi dell'istruzione, siano autorizzate dal governo conformemente all'ordinanza del 1816. Per lo che l'argomento ricavato dalla legge dei 24 di maggio 1825 non è concludente.

In quanto a quello, che si attingerebbe nella legge del 2 di gennaro 1817, resta confutato da questa considerazione; le comunità dei fratelli non sono solamente delle comunità religiose, sono pure e soprattutto degli stabilimenti di carità pubblica, attaccate alla stessa università, e da essa accettate come degli eccellenti ausiliari. La quale alleanza li salva dall'applicazione giudaica della legge dei 2 di gennaro 1817. Non è già una istituzione monastica che si fonda, ma è uno dei rami dell'insegnamento, che si sviluppa. Gli stabilimenti d'istruzione pubblica, che vengono ad innestarsi nel gran tronco dell'università, non hanno mai avuto bisogno di una legge per esistere legalmente.

676. Dopo di avere trattato dell'esistenza legale dei pubblici stabilimenti, parliamo della seconda condizione, cioè dell'autorizzazione di accettare, che loro è necessaria giusta il nostro orticolo (4).

Diversi regolamenti di amministrazione hanno tracciato la via da seguirsi per ottenere quest'autorizzazione. Nel primo stato gli ospizj potevano sulla semplice autorizzazione del sotto prefetto accettare ogni donazione mobiliare il cui capitale non eccedesse trecento franchi (5). Al disopra di questa somma sino a 1000 franchi l'autorizzazione poteva esser data dal Ministro dell'Interno (6); al di sopra di 1000

(1) Laferriere, *luog. cit.* p. 318 e 320.
(2) Saintespes-Lescot, *Donaz.*, t. I, p. 418, sull'art. 910.
(3) De Vuillefroy, *Trattato dell'amministrazione del culto cattolico*, p. 168, n. 7, nota A.
(4) *Infra* art. 937.
(5) Arresto del 4 piovoso an. XII.
(6) Ordinanza de' 10 giugno 1814.

franchi bisognava l'autorizzazione del governo, vale a dire un'ordinanza o un decreto (1).

La distinzione tra le donazioni ed i legati di 300 franchi o quelli, che eccedono questa somma, fu estesa dal decreto dei 12 di Agosto 1807 agli edifizj agli stabilimenti d'istruzione pubblica ed ai comuni. Un'Ordinanza dei due di agosto 1817 regola le accettazioni delle Chiese, Arcivescovati e Vescovati, dei Capitoli, dei grandi e piccoli Seminarj, delle Cure, e delle Succursali, degli Edifizj dei poveri, degli Ospizi, dei Collegi, dei Comuni, ed in generale di tutti i stabilimenti di pubblica utilità e di tutte le associazioni religiose riconosciute dalla legge (2). Il governo autorizza l'accettazione dei legati o delle donazioni di mobili ed immobili, e meno che non si trattasse di donazioni o legati in denaro o oggetti mobiliari non eccedenti 300 franchi, nel qual caso il dritto di autorizzazione è conceduto al prefetto.

Finalmente un'ordinanza dei 14 di gennaro 1831 dà delle regole speciali di procedura e di esame per le donazioni e pei legati fatti agli stabilimenti ecclesiastici ed alle comunità religiose di donne (3).

Ma relativamente ai comuni la legge dei 18 di luglio 1837 ha introdotto delle disposizioni particolari. L'articolo 48 dice: « Le delibera« zioni aventi per oggetto l'accettazione di do« nazioni e di legati d'oggetti mobiliari o di « somme di denaro fatti alla comune o agli « stabilimenti comunali sono esecutori in virtù « di un arresto del prefetto, allorchè il loro « valore non eccede 3000 franchi, ed in virtù « di un' Ordinanza del Re, quando il valore è « superiore, o che vi è reclamo di pretendenti « dritto alla successione. »

« Le deliberazioni, che contenessero rifiuto « di donazioni e di legati, e tutte quelle, che « concernessero donazioni e legati di oggetti « immobiliari, non sono esecutorie, che in vir« tù di un' ordinanza del Re (4).

677. Questo intervento dell'autorità superiore offre all'ordine pubblico ed alle famiglie delle garentie preziose. Nondimeno vi è qualche punto in cui queste garentie possono volgersi senza plausibile ragione contro i pubblici stabilimenti, che hanno per oggetto di sorvegliare, ma non di privare del loro legittimo dritto. Spieghiamoci.

Ogni donazione deve essere accettata, come più basso vedremo (5), e bisogna, che sia accettata in vita del donante. Ma pendente il tempo necessario per ottenere l'autorizzazione di accettare (6), il donante può morire, ed allora la donazione diviene caduca. Questa è una perdita sofferta dai pubblici stabilimenti per un fatto non loro, è, quel che è più grave, per lo fatto del loro stato di tutela. Ora per regola la tutela deve proteggere e non nuocere.

Vi è un altro pericolo.

Per regola generale i frutti e gl'interessi della cosa legata non decorrono, che dal giorno della dimanda del legato. Ma in qual modo un pubblico stabilimento che non ha ancora ricevuto l'autorizzazione del governo per accettare il legato, che gli è fatto, potrà intentare una dimanda di rilascio? Per lo che bisogna, che perda i frutti e gl'interessi durante tutto il tempo, che la procedura per l'autorizzazione penderà innanzi l'autorità amministrativa. Ed ecco anche una perdita, di cui i pubblici stabilimenti sono vittime senz'alcun ragionevole motivo.

678. La legge del 18 di luglio 1837 sull'amministrazione municipale ha veduto questi inconvenienti, ed ecco come vi rimedia. Il paragrafo finale del precitato articolo 48 è così concepito:

« Il sindaco può sempre a titolo conservato« rio accettare le donazioni e i legati in virtù « della deliberazione del consiglio municipale. « L'ordinanza del Re o la decisione del pre« fetto, che in seguito interviene, ha effetto « dal giorno di questa accettazione. »

Da ciò due conseguenze:

La prima che l'accettazione provvisoria del sindaco impedisce la caducità; la seconda, che dà al Sindaco il dritto di fare una dimanda di rilascio per dar corso ai frutti ed agl' interessi.

Questa disposizione della legge dei 18 di luglio 1837 è eccellente; e sarebbe da desiderare che fosse introdotta nella legislazione degli ospizi degli stabilimenti di beneficenza ed altri. Intanto questi stabilimenti, messi sotto la influenza di una regola, che non è stata molto preveggente, veggono le loro mani legate, e perdono interessi e frutti, che volgerebbero a profitto delle opere, di cui sono incaricati. Il che è stato deciso dalla prima camera della corte di Parigi sotto la mia presidenza con arresto dei 27 di gennaro 1851.

Il Marchese d' Aligre, così celebre pei suoi numerosi testamenti, aveva fatto un legato considerevole all'ospizio di Borbone Lancy. L'ospi-

(1) Id.

(2) V. la legge de' 2 gennaio 1817, che accorda il dritto di possedere agli Stabilimenti ecclesiastici riconosciuti. Aggiungi l' art. 4 della legge de' 24 maggio 1825.

(3) La legge de' 24 maggio 1825 ammette le comunità di donne riconosciute.

(4) Il decreto de' 25 di marzo 1852 sulla decentralizzazione amministrativa modifica queste disposizioni, decidendo, che il Prefetto disporrà senza ricorso all'autorità superiore sull' accettazione o rifiuto delle donazioni fatte a' dipartimenti senza peso nè imposizione immobiliare, e de' legati, che presentano lo stesso carattere, o che non danno luogo a reclamazione (art. 1, tav. A, 7°) e sulle donazioni e legati di ogni sorte di beni fatti a' comuni, quando non vi è reclamo delle famiglie (tav. A, 42).

(5) Art. 932.

(6) Art. 937.

zio, autorizzato *ad hoc* da una semplice lettera del prefetto di Saone e Loire dei 27 di agosto 1847, aveva dopo una del berazione della sua commessione amministrativa del 1.° di settembre 1847, alla quale il consiglio municipale aveva aderito, l' ospizio, io dico, aveva intentata una dimanda di rilascio contro gli eredi d' Aligre in data dei 7 di settembre 1847, e da questa dimanda faceva discendere una messa in mora ta'e, da fare decorrere a suo favore i frutti e gl' interessi. L' ospizio argomentava dall' articolo 48 della legge dei 18 di luglio 1837, ma è da rimarcersi, che a quest'epoca l' ospizio non aveva ricevuto un' autorizzazione regolare di accettare, e che solamente ai 19 di aprile 1850 aveva avuto luogo la sua dimanda autorizzata. Gli eredi d' Aligre, fondandosi su questo fatto, sostennero, che gl' interessi erano dovuti solamente dai 19 di aprile 1850 e non dalla domanda dei 7 di settembre 1847, la quale non emanava da une persona capace, e debitamente autorizzata.

Il Tribunale di prima istanze della Senna, impadronito della contestazione, non adottò questo sistema, ed argomentando dagli articoli 48 e 55 della legge dei 18 di luglio 1837, decise, che gl' interessi erano decorsi dai 7 di settembre 1847.

Ma sull' appello la Corte annullò la Sentenza con l'arresto, che siegue (1).

« La Corte » —

« In quanto riguarda il punto, da cui co« minciano a decorrere i frutti e gl'interessi. »

« Considerando, che il legatario particola« re non ha dritto a' frutti ed agl'interessi del« la cosa legata, che a contare dalla diman« da del rilascio, a menochè non si trovi in « uno de' casi preveduti dall' art. 1015 del « cod. civile; »

« Considerando, che e'termini dell'art. 910 « di questo codice le donazioni ed i legati a « favore degli ospizi non hanno effetto, che « in quanto n' è stata dal governo autorizzata « l'accettazione. »

« Che sino all' autorizzazione il dritto è so« speso ed incerto nella realizzezione diffiniti« va dalla sua esistenza. »

« E che perciò solamente l' autorizzezione « di accettare imprime al legato un carattere « diffinitivo, e che per conseguenza conferi« sce all' Ospizio la capacità necessaria di ri« ceverlo, ed all' erede la possibilità di libe« rarsi validamente. »

« Considerando, che secondo l'ert. 1180 del « detto codice il creditore, il cui dritto dipen« de dall' avveramento d' una condizione so« spensiva, è ammesso ad esercitare tutti gli « atti conservatori di questo dritto; »

« Che questa facoltà è specielmente accor« date agli Ospizi sia dall' art. 4 della deci« sione del governo de' 4 piovoso anno IV, sia « dall' art. 5 dell' ordinanza de' 2 di aprile « del 1817.

« Che la stessa facoltà è attribuita a' Comu« ni dall' art. 55 della legge de' 18 di luglio « 1837; »

« Considerando, che per atto conservato« rio la legge intende l' atto, che ha princi« palmente per oggetto sia di mantenere l'esi« stenza di un dritto minacciato di perire pel « fatto di une decadenza o d' una prescrizio« ne, sia di prevenire la perdita o l' alterazio« ne stessa del pegno, che può assicurare l'uti« le esecuzione del dritto. »

« Ma che non si potrebbe, tranne il caso « di un' eccezione legale, riputare atto mera« mente conservatorio l' aziona in giudizio di« retta unicamente allo scopo di ottenere dei « frutti o di fare decorrere gl' interessi; »

« Che un' azione di questa natura non ten« de solo a conservare il dritto ma bensì ad « esercitarlo, ed a dimandarne l'immediato « benefizio. »

« Che in effetti essa ha per conseguenza di « cambiare ed aggravare la condizione del « debitore, imponendogli una restituzione di « frutti o un pagamento d' interessi, quando « trovasi messo a fronte di un creditore inca« pace di ricevere, non essendo il suo dritto « diffinitivo; »

« Che da questi principî generali siegue, « che se le parti di Billault potevano prima di « accettare il legato fare nell' interesse del« l' Ospedale di Borbone Lancy degli atti con« servatori, erano incapaci di fare una diman« da di rilascio, perchè quest' azione implica « nella persona, che l'istituisce, la qualità dif« finitiva di legatario, e conseguentemente la « capacità di ricevere; »

« Che vanamente s' invoca l' ert. 48 della « legge de' 18 di luglio 1837. »

« Che questa legge, speciale e particola« re a' comuni, è senza applicazione alla cau« sa, e che derogando alle regole del dritto « comune, l' eccezione, che consacra, deve « essere ristretta ne' limiti, che le sono trac« ciati, senzachè sia permesso di estenderla « da un caso all' altro; »

« Considerando, ebe la dimanda di rilascio « regolarmente introdotta è de' 19 di aprile « 1850, e che perciò da tal'epoca l' ospizio di « Borbone Lancy ha dritto a' frutti ed agl' in« teressi.

« Che a torto le parti di Billault pretendo« no di fare rimontare il loro dritto all'aper« tura della successione. »

« Che nulla giustifica tale pretensione nei « termini de' testementi e de' codicilli; »

« Annulla l' appello e quello, di cui è ap« pello, in quel,che la sentenza fa decorrere i

(1) Palazzo, 1851, 1, 340; Devill., 51, 2, 72; Dall., 51, 2, 58, Troplong. *delle donaz. e testam.* V. I.

« frutti e gl' interessi degli immobili e delle « somme legate dal 7 di settembre 1847. »

« E rettificando ie quento a ciò, ordina, « che gl' interessi decorreranno soltanto dal « giorno della dimanda del rilascio de' 19 di « aprile 1850. »

Quest'arresto è cenduto ee' termiei di drillo, e sembrerà vittocioso a tntti coloro, che esamineraneo le quistione senza prevenzioee. Questa situazione è sceza dubbio dispiacevole, m'appertieoe al legislatore di cambiarla, e sappiamo, che le persone, cha s'interessano delle ammieistrazioei di cerità, pensaoo di correggerle (1).

679. Ma in quanto concerne i Comuei la legge de' 18 di luglio 1837 è formale, e la sua applicazione eon potrebbe iocoetrare difficoltà :

Nondimeno si è fatta nea quistione innanzi le Corte di Parigi, precisameete all' occasioee della successione d' Aligre. Ma coe arresto de' 19 di meggio 1851 la Corte ha manteeuto all'ert. 48 della legge de' 18 di luglio 1847, la sue autorità. Quest' arresto è così conceputo :

« Le Corte

« Considerando, che giusta l'art. 48 della « legge de' 18 luglio 1837 il siodaco di ue « eomuee può sempre accettare e titolo coe« servatorio ie virtù di uea deliberazioee del « consiglio municipale le donazioni ed i legati « fatti a questo comuee ; che l' autorizzazio« ne superiore, che ie prosieguo ieterviene, « opera uo effetto retroattivo steo al gioreo « di quest' accettazioee provvisoria ; «

« Considerando, che risulta de questa di« sposizione, che il Sindaco può fare tutti gli « atti che sono la coesegneeze della sua ac« cettazioee provviserie e specialmente far de« correre nell' intervallo gl' interessi de' lega« ti e dalle doeazioei fette al Comune ; che in « tal caso la sua domande è regolare ; emana « da uea persona dichiarata espressamente « capace, ed adempie le condizioni dell' arti« colo 1014 del codice civile. »

« Che il Comune essedo ricoeosciato dalla « legge come proprietario provvisorio, deve « godere a tal titolo di tutti i privilegi an« eessi alla proprietà. Che ie verità il rifiuto « di autorizzazione del governo fa svanire gli « effetti della dimanda di rilascio, ma che se « quest' autorizzazione è conceduta, reagisce « sul passato e consolida tutto quello, che si è « fatto ; «

« Che lo scopo dell' art. 48 precitato è stato precisameote quello di eoe far perdere « e' Comuei gl' ioteressi ed i frutti, che decor« rono pendente il tecmine della loro istanza « per farsi abilitare ; ch' esso eoe ha potuto « volere, che si volgessero contro de' Comu« ei le procedure, i termiei, e le garantie « stabilite sia nell' interesse di essi Comuni, sia « in ue interesse pubblico a causa delle loro « incapacità ; che è stato eell' inteuzione for« male del legislatore di mettere i Comuni nel « dritto comune, di cei per questo lato erano « sin' allora privati. «

« Annulla l' appello con ammeeda e spe« se. « (2) (a).

(1) Depochè ho scritto queste lineo e senza alcun dubbio sotto l'influensa doll'orresto renduto dalla Corte di Parigi il legislatore è intervenoto, o correggendo la sitnazione dispiacevole, che ho qui rimarcata, ha introdotto nella legislaziono degli ospizl la disposisiono dell' art. 48 della legge de' 18 luglio 1837 relativa a' comuni. Il che risulta dallo leggo do' 7-13 agosto 1851, il cui art. 11 dispone « Il presidente della commessione degli Ospizi ed Ospedali può sempre a titolo conservatorio accettaro in virtù della doliberaziona della commessiona le donazioni ed i legati fatti agli stabilimonti di carità. — Il decreto del potoro osecutivo o la decisiono del prefetto, che interverrà, avrà effatto dal giorno di quest' accettazione. » — Sulla misura, nella qualo quost' articolo dev' assero applicato, e specialmente sul punto di sapero, se l' accettasione provvisoria è necessaria per faro decorrere in favora degli Ospisl gl' interessi di un legato *universale*, che gli sarebbe fatto. V. *Rivista critica*. t. IV, p 1 a seguenti.

(2) *Gazzetta dei tribunali* dei 25 di maggio 1851 ; Palazzo 1851, 2, 384 ; Dovill., 51, 2, 368. Il testo di questo arresto non è riportato in una maniera completa nolla raccolta di Devill., o nel *Giornale del Palazzo*.

(a) Un resoritto dei 22 di giugno 1819, comunicato in Sicilia il 28 di luglio 1822, dichiara, cho gli articoli 846 ed 861 dello Leggi civili non derogano in niente alla disposisiooe contenuta nell'art 15 del Concordato, per lo qualo la Chiesa è dichiarata capaco di acquistare nuovi possedimenti, cho goderà como suoi.

Un decreto poi dei 4 di aprile 1830 dispono:

« 1.° I notai dei nostri reali dominl dovranno dare « notizie al Sindoco ed al Giudice di Circondario, o al « Supplente del Giudice nel comune della loro rispetti« va residenza, di ogni disposisione, che con atti tra vivi « o di ultima volontà da esso rogati, o presso di loro « depositati, fosse fatta a favore doi poveri, dei luoghi « più laicali, o degli stabilimenti di beneficenza. «

« La notizia ne sarà data con semplice lettera di uf« ficio. »

« 2.° Sotto la denominasione di Stabilimento di be« neficenza a di luoghi più laicali s'intendono gli Ospe« dali, gli Orfanotrofil, i Conservatori, i Ritiri, i Monti « di pegni, di maritaggi, o di limosioe; i Monti frumen« tari, le Arciconfraternite, le Congregasioni, le Cap« pelle laicali, o finalmeote tutte quelle istituzioni, le« gati, ed opere, che sotto qualunque denominasiono o « titolo si trovano o saranoo addette al sollievo degl'in« fermi, degli indigenti, e dei proietti «

« 3.° I Giudici di circondario, o i supplenti nei co« muni per measo del rispettivo Giudice, trasmettaran« no immediatamente al Procuratore del Re presso il « Tribunale civile della Provincia o Valle le notizie, « loro date dai Notai; questo funzionario ne darà subito « comunicasione al rispettivo Consiglio degli Ospizi. I « Sindaci adempiranno altrettanto direttamente coll'In« tendente come presidente del Consiglio degli Ospizi.

« Rimarrà poi a carico dello stesso Consiglio il ri« chiedere a Notai rispettivi la copia degli atti, di cui « potrà avere bisogno, pagandone loro i corrispunden« ti dritti, nel caso, in cui è permesso al notaio di « estrarla. »

« 4.° I notai dovranno adempire le obbligasioni loro « imposte coll'art. 1 del presente decreto fra il termi« ne di otto giorni da computarsi: »

Digitized by Google

680. Abbiamo veduto qui sopra, che gli stabilimenti pubblici non autorizzati non hanno capacità, ma dopochè la costituzione dell'anno 1848 ha favorito il dritto di associazione in materia politica e religiosa, è forse permesso a' particolari di dispensarsi dal concorso dello Stato per vivere a loro modo in istato di comunione di fatto, che abbia tutt'i caratteri di uno stabilimento pubblico, meno l'autorizzazione? Sotto pretesto, che non hanno la pretensione di formare una persona giuridica e pubblica, possono eglino al di fuori dello Stato avere tutt'i dritti di proprietà e di acquisto che hanno i stabilimenti pubblici autorizzati?

Questa quistione si eleva soprattutto per rispetto alle comunità religiose, delle quali si conosce la poca simpatia per la tutela dello Stato, e che cercano per molti mezzi indiretti di sfuggire alla sua sorveglianza. Anche prima della costituzione del 1848 molte congregazioni di monaci di venti persone, sfuggendo nella loro esistenza di fatto alle ricerche della legge, hanno creduto per questo stesso, che potevano fare a meno di un'autorizzazione per godere di tutt'i vantaggi di uno stabilimento religioso autorizzato.

Ma le comunità religiose hanno un bel fare; non possono sottrarsi alla verità, nè veggono, che vi è comunione e comunione, e che le congregazioni religiose poggiano sopra basi eccezionali, che richiamano il controllo dello Stato.

La costituzione del 1848 non ha cambiato nulla a questo stato di cose. D'altronde questa costituzione ha avuto soltanto una esistenza efimera, e non sussiste più.

A tutti è permesso di associarsi, ma tra l'associarsi e fondare uno stabilimento indefinito, perpetuo vi è un'enorme distanza. Si associa per lo commercio e per mille cose passaggiere, vitalizie, nè per questo si ha bisogno dell'autorizzazione di alcuno. Una società di commercio compra, vende, riceve una liberalità, è libera, ed è nel dritto comune.

681. Ma una società pubblica per sua natura non si fa società privata per sua volontà. Che cosa è una congregazione religiosa? È molto più d'un'associazione. Una congregazione religiosa non è formato a tempo; è formata per la perpetuità. Non è fatta per conciliare l'interesse individuale con l'interesse comune, ma è formata pel sacrifizio e l'abnegazione della persona. Non comporta la parte legittima dell'indipendenza dell'uomo, per lo contrario è esclusiva della libertà. Non lascia vedere sotto il corpo morale il cittadino, che ha la sua esistenza propria, ma lo cancella interamente, e gli comanda di non esser nulla senza di essa e fuori di essa. Non possiede come un particolare, che aliena, che muore, che trasmette, che prende parte al movimento generale degli affari; possiede per conservare sempre, per immobilizzare ed ammortire, per sopravvivere alle generazioni, ed uscire più man festa e più solida dalla loro polvere. Ecco qual'è la natura, e dirò pure l'essenza d'una congregazione religiosa. Nè l'autorizzazione forma questi caratteri, ma li contesta, e li accetta, comechè sono anteriori ad essa, ed esistono senza di essa come con essa.

682. Siegue da ciò, che una tale società non potrebbe fare a meno d'uno stabilimento legale, perchè tocca al dritto pubblico, alla polizia pubblica, a tutto ciò, che vi è di più grave nello Stato, tale è sempre stato in Francia il dritto pubblico. Il celebre editto del mese di agosto 1749, registrato nel Parlamento il 2 di settembre seguente, n'era l'ultimo monumento nel dritto antico (1); le leggi dei 2 di gennaro 1817 e maggio 1825 (art. 1 e 4.) lo consacrano espressamente, e veruna legge più recente vi è contraria. Basta di fare una distinzione tra l'esistenza di fatto, che può essere più o meno totale, e lo stabilimento legale, che solo dà il dritto di possedere, di acquistare, di agire in giudizio, di rappresentare la parte di una persona capace. L'esistenza può essere irreprovevole, avuto riguardo alla polizia pubblica, ma deve essere distinta dallo stabilimento legale, che dà a questa esistenza la personificazione giuridica, senza della quale è spogliato di ogni capacità esteriore.

683. Quando una comunità religiosa ha uno stabilimento autorizzato, è una quistione risoluta dagli economisti e dai politici, che i suoi acquisti non debbono essere immoderati, che

« Pei testamenti per atto pubblico, per le donazioni, « e per gli altri atti tra vivi dal giorno delle loro stipu- « lazione. »

« Pei testamenti olografi o mistici dal giorno, in cui « seguirà il deposito presso il Notajo conservatore. »

« 5.° I notai dovranno ritirare rispettivamente dal « Sindaco e dal Giudice di Circondario, o suo supplente « comunale, i quali non potranno negarsi di rilasciar- « lo, il riscontro della notizia ai medesimi data per ogni « pia disposizione, e dovranno inoltre alligare tale ri- « scontro all'atto corrispondente del protocollo. »

« 6.° I Notai, che ometteranno di adempire quanto è « loro imposto cogli art. 1, 4 e 5, del presente decre- « to, saranno puniti con la sospensione non minore di « un mese, nè maggiore di sei mesi.

« In ogni caso i Notai saranno responsabili dei danni « ed interessi, che avranno cagionato con la loro omis- « sione. »

« 7.° La Camera notariale di ciascuna Provincia o « Valle nella visite annuale dei Protocolli dei Notai « dovrà assicurarsi specialmente dell'adempimento da « parte dei Notai di quanto è prescritto a loro peso col « presente decreto, a promuovere, ove ne sia il caso, « le convenienti misure disciplinari a carico dei con- « travventori, dando intanto notizia delle pie disposi- « zioni rimaste occulte al Consiglio per mezzo del Pro- « curatore del Re presso il Tribunale civile, da cui di- « pende. » — *Il traduttore*.

(1). V. Durand de Maillano, v° *Stabilimento*, e Merlin, Repert., v° *Manomorta*.

deve essere contenuta nei suoi mezzi di azione sulle coscienze, e che le preferenze, che un pietoso zelo sovente le fa accordare sulle affezioni di famiglia, cadono sotto la sorveglianza della legge. Vi sarebbe un gran pericolo a ristabilire in una troppo grande estensione la mano-morta, vo n'è ancora uno dei pori grande a lasciare un libero campo alla lotta dello spirito di congregazione contro lo spirito di famiglia, e delle affezioni religiose contra le affezioni del sangue (1). Non vogliamo per certo, che gli stabilimenti religiosi siano privati di capacità, ma siamo di avviso, che lo Stato deve estendere la sua tutela su di essi, e prevenire degli eccessi col suo equo intervento (2).

In quanto alle congregazioni religiose formate senza uno stabilimento giuridico, non potrebbero trovare nella irregolarità della loro posizione il privilegio di acquistare liberamente, imperciocchè non debbono essere più capaci degli stabilimenti autorizzati, ma invece debbono esserlo meno (3).

684. In dritto si è finito per comprenderlo, ma in fatto si è cercato di procurar loro una posizione più vantaggiosa, essendosi ricorso ai fedecommessi taciti, questa grande risorsa degl'incapaci, di cui parleremo più ampiamente sotto l'articolo 911.

In conseguenza secondo un'antica tradizione, di cui si veggono frequenti esempi (4), il testatore istituisce ordinariamente tre legatari congiuntamente. Questa è la via tracciata dal celebre Nicolle nelle sue memorie impresse a Lione nel 1770. « Siccome bisogno procurare, « che il bene fatto alla Chiesa sia perpetuo, i « signori legatari universali sono umilissima- « mente supplicati di fare una donazione tra « vivi dei beni, non appena sarà morto qual- « cuno di loro di maniera, che questi beni non « possono giammai andare a dei parenti. È « necessario, che questi beni possono in qual- « che sorte divenire perpetui . . . che l'ultimo « sopravvivente faccia un testamento simile a « quello, che ho fatto, donando questi beni a « tre persone disinteressate, e guardando l'i- « stesso ordine a perpetuità. »

Si scelgono tre persone, e si gratificano congiuntamente, perchè con questo mezzo si mettono le probabilità di sopravvivenza dalla parte del fedecommessario, si prevengono le caducità, e finalmente si evita al testatore la necessità di scrivere una nuova disposizione in un'epoca, nella quale forse il suo stato mentale non permetterebbe di farlo utilmente.

Non diciamo, che questa forma sia la sola, che si siegue, ma diciamo, che la giurisprudenza ne offre dei numerosi esempi.

685. Malgrado questi veli, la verità non manca quasi mai di comparire, e quando gli eredi del sangue non credono di dovere rispettare le ultime volontà del defunto, non è loro difficile di mettere ad evidenza la situazione, che nasconde questa dissimulazione. Il fedecommesso tacito, che è una frode alla legge, si prova con delle presunzioni gravi precise e concordanti (5). Non è necessario di ricercarne la dimostrazione con dei documenti scritti, perciocchè si fà con tutto quello, che porta il convincimento nell'animo del giudice, anche con delle pruove prese fuori del testamento. La Corte di Cassazione ha moltissimo volte riconosciuto, che l'interposizione delle persone è abbandonata alla valutazione del giudice, che esamina sovranamente i fatti, le circostanze, gl'indizi ec. ec. (6); potrebbe anche ammettere la pruova testimoniale (7).

686. Gli autori hanno esaminato la presunzioni abituali, da cui risulta l'interposizione delle persone (8). Quelle, che sono applicabili qui, si cavano ordinariamente dall'amicizia e dall'identità de'sentimenti religiosi; dall'affinità spirituale, perocchè molt'ordinariamente il legato è fatto a delle persone appartenenti alla congregazione, ma delle qua'i si ha cura di non indicare la qualità, affine di allontanare i sospetti; dall'autorità del testatore sulle persone istituite in apparenza e reciprocamente; dal disinteresse personale di fedecommessari, e dal loro attaccamento alla loro corporazione ec. ec.

687. Qualche volta si è richiesta la pruova di un accordo formale tra il disponente ed i legatari apparenti, ma questa circostanza non è necessario (9), altrimenti la verità si troverebbe soffocata sotto la finzione in questa materia che (come dice Furgole) è piena di frode (10). Nella più parte degli interrogatori sopra fatti ed articoli sostenuti dai legatari apparenti si veggono costoro escludere la idea di un impegno di restituire e di un'obbligazione di rendere. Essi s'immaginano di sfuggire con queste risposte equivoche alla giustizia, che li stringe. Però sono questi dei vani stratagemmi, dopoichè vi è un linguaggio muto, che permette d'intendersi senza profferire parola; vi sono de' pensieri, che s'indovinano, senzachè vi sia bisogno di esprimerli. Nelle affezioni spirituali, come in quelle mondane, si può intendersi senza parlare, e quello, che

(1) Il collegio delle Vestali, in Roma, non poteva ricevere per testamento, I, *Aulo-Gellio*, 12; Simmaco I, *Epist.* 40.

(2) V. l'eccellente preambolo dell'editto del 1749, *luoc. cit.* Legge dei 2 gennaro 1817, e 24 maggio 1825.

(3) L. 1, C., *De judaeis*.

(4) V. un arresto di Grenoble, dei 13 dicembre 1841 Devill., 41, 2, 87), ed un arresto di Parigi, dei 20 di maggio 1851 (Devill., 51, 2, 321).

(5) *Infra* n° 703 (art. 911) e 2225.

(6) Cassat. 20 luglio 1846 (Devill., 47, 1, 74). Quest'arresto è renduto a mio rapporto. *Aggiungi* Menochio, *De praesumpt.*, IV, 67, 68 e seg.

(7) Furgole, VI, 3, 208 e seg.

(8) Menochio, *luoc. cit.* Furgole, *luoc. cit.*

(9) Furgole, VI, 3, 225. 226. *Infra*, n° 704.

(10) VI, 3, 208. Arresto della corte di cassaz., dei 21 luglio 1845, a mio rapporto (Devill., 47, 1, 74).

Digitized by Google

meno si dice, è spesso ciò, che più si comprende. L'accordo risulta dai fatti stessi, dalla natura delle cose, dalle intenzioni rispettive, dai voti, dal disinteresse personale, dall'abnegazione di sa medesimo in favore della comunità, da molte circostanze, che escludono la possibilità ragionevole d'una liberalità privata, e soprattutto dalla sommessione assoluta agl'interessi superiori dello Stabilimento.

688. Private di questi sutterfugi le congregazioni religiose non autorizzate hanno immaginato di dire: Poichè il corpo morale non esiste, poichè la persona civile non è riconosciuta dalla legge, non restano, che dei semplici particolari, che sono nel dritto comune. E perchè dunque si vieterebbe loro di profittare della liberalità? Forse questa non si dirige ad essi(1)? Quale difficoltà vi è, onde il fedecommessario trasmetta loro il fedecommesso? Forse non sono dessi capaci di ricevere? Non sono dessi, che possederanno per sè stessi a titolo privato, senza pretensione di formare una persona pubblica, e con la facoltà d'infrangere i legami della loro associazione, e portare con loro la propriatà, dividerle ecc. ecc.

Questa tesi è stata adottata da un arresto, dopo parità, della Corte di Grenoble de' 13 di gennaro 1841, che la sviluppa con energia (2), ed il ricorso è stato rigettato con arresto dei 26 di agosto 1842 (3) per lo motivo molto più ristretto, che costava in fatto di essere stata fatta la liberalità ai tre legatari personalmente. Di già un arresto della Corte di Cassazione degli 11 di novembre 1832 aveva deciso in linea di rigetto, che gl'individui, che facevano parte di una congregazione religiosa non autorizzata, erano capaci di acquistare per essi e pe' loro associati (4).

689. Ma queste decisioni si allontanano dal vero, accettano dei fatti, che mancano di esattezza, falsificano la situazione. E siccome in queste materie la Corte di Cassazione è fortemente influenzata dalle pruove di fatto delle Corti di appello, è in qualche modo obbligata di accettare come sincere delle situazioni, che non lo sono. D'onde i due arresti precitati, i quali, altro non sono, che degli arresti di specie. Ed in effetti è costanto, che il pensiero dei testatori in queste due cause, come nelle altre, che ad esse somigliano, non era di gratificare i legatari personalmente ed *ut singuli*. Noi i legatari non erano dei legatari, erano dei mandatari, spogliati del dritto di conservare per sè stessi a per le loro famiglie, ma incaricati di trasmettere la liberalità alla comunità sola, alla comunità, che ha innanzi ad essa un avvenire indefinito ed un disegno formale di perpetuità; alla comunità, che sempre si rinnova, senza cambiare giammai, per la sostituzione di nuove persone ad altre; alla comunità, per la quale i membri presenti sono i procuratori anzi dei membri futuri; alla comunità, che assorbisce tutto, ed alla quale è sacrificato tutto, persona, affezioni, interessi.

690. Per lo che altre decisioni molto più numerose hanno guardata la situazione dal suo vero lato, ed i fedecommessi taciti sono crollati sotto l'attento esame dei Tribunali. Si possono consultare gli arresti della Corte di Cassaziona dei 5 di aprile 1841 (5), 3 di luglio 1842 (6) e 26 di febbraio 1849 (7). Tale è pure la giurisprudenza delle Corti di Appello (8). Per non gettarmi nell'esame di specie troppo numerose, mi limiterò a citare un arresto della Corte di Parigi dei 19 di maggio 1851 renduto sotto la mia presidenza dalla 1.ª camera.

Trattavasi di un legato considerevole fatto dalla signora de Soyecourt alla congregazione delle Carmelitane, di cui era superiore. Questo legato in apparenza era fatto a tre correligiose carmelitane, ma erano unicamente nominate, pei loro nomi di famiglia, e la loro qualità spirituale era passata sotto silenzio. Queste tre religiose interrogate su fatti ed articoli, avevano fatte dalle risposte evasive, soprattutto avevano negato di essersi legate con un impegno o una convenzione a rendere alla corporazione. È da rimarcarsi, che la loro causa si presentava con condizioni favorevolissime. La signora di Soyecourt non aveva trascurata la sua famiglia, ma lo aveva fatto degli utili considerevoli. Quello, che le restava, dopo di essersi spogliata pei suoi parenti, aveva voluto donarlo ad una congregaziona religiosa, ove aveva passata una santa vita. Il legato comprendeva, oltre un legato di 200 mila franchi, la propria casa, nella quale aveva stabilito le Carmelitane. Da ultimo la signora di Soyecourt aveva espresso il desiderio, che la sua famiglia soddisfatta delle sue ample liberalità, non attaccasse le sue ultime pietose disposizioni. Nondimeno tra tre eredi un solo credè di potere infrangere in nome della legge questa volontà; il testamento fu attaccato in suo nome, e se la Corte avesse voluto seguire piuttosto i suoi sentimenti, che i suoi inflessibili doveri, avrebbe rigettata una dimanda, che non si presentava con favore. Però la legge parlava, nè vi occorreva dippiù per togliere dall'animo del giudice gli scrupoli dell'uomo. Ecco il suo arresto (9).

(1) L. 20, D., *De reb. dub.*
(2) Devill., 41, 2, 87.
(3) Id., 42, 1, 73.
(4) Devill., 33, 1, 493.
(5) Devill., 41, 1, 875.
(6) Devill., 42, 1, 590.
(7) Devill., 49, 1, 245.
(8) Agen, 12 agosto 1842 (Devill., 43, 2, 33). Caen, 31 marzo 1846 (Devill., 46, 2, 431). Parigi 2ª camera, 27 giugno 1850. (*Gaz. dei trib.* dei 28 giugno) 1ª camera, 8 marzo 1850.
(9) V. la *Gazzetta dei Tribunali* dei 21 di mag-

« La Corte,

« Considerando, essere costante in fatto, che una Communità religiosa di Carmelitane esiste Strada Vaugirard, 70; che lo stabilimento di questa comunità non è autorizzato; che le diciotto donne, che la compongono, sono soggette a delle regole precise, che portano il carattere della vita claustrale, e non lasciano verun dubbio sulla condizione della loro esistenza come congregazione votata alla Religione.

« Considerando, che Francesca Camilla de Soyecourt ha voluto gratificare questa congregazione col suo testamento dei 18 di agosto 1841; che il legato universale fatto congiuntamente alle tre Suore Diert de Mölissent, Eleonora-Fleuriste Casset, e Luigia-Angloé-Céphisa Fouquet si dirige ed esse solamente in apparenza, ma in realtà è destinato alla stessa Comunità: Comunità, della quale Francesca-Camilla de Sayecourt era la superiore, che ella aveva fatto risorgere e ristabilita, e di cui voleva per mezzo delle sue liberalità assicurare l'avvenire.

« Che da documenti prodotti nella causa risulta, che Francesca Camilla de Soyecourt, interamente distaccata dalle affezioni del mondo, non aveva oltra preoccupazione, che il suo convento, cui aveva ella consacrato tutta la sua sollecitudine, ed al quale è evidente di aver ello voluto lasciare quello, che le rimaneva della sua fortuna, dopo di avere fatto in vita ample liberalità alla sua famiglia.

« Che la qualità di religiose delle tre legatorie, la loro affinità spirituale con la defunta, la conoscenza, che avevano dei di lei intimi pensieri, relativamente alla conservazione della comunità dopo della sua morte, l'autorità del la quale tutte e tre godevano nello stabilimento, e soprattutto una di esse, chiamata a rimpiazzare la testatrice nella dignità di superiore, confermano sempre più, che si tratta, non già di un legato, di cui sarebbero investite privatamente ed *ut singulae*, ma di un fedecommesso tacito, avente per iscopo, sia di trasmettere al convento per interposizione di persone la proprietà dell'edifizio, nel quale è stabilito, sia di dotare con lo stesso mezzo indiretto la detta corporazione di maniera da perpetuare la sua esistenza. »

« Considerando, che il testamento attinge tutta la sua forza nella volontà del testatore; che nella specie la testatrice non ha voluto gratificare le persone, che ha nominate, e che a disegno non ha nominato la persona morale, che voleva gratificare; che perciò la sua disposizione non può restar ferma, dapoichè questo persona morale non avendo stabilimento legale, manca di capacità per raccogliere.

« Che vanamente si objetterebbe, che la comunità di Carmelitane composta di meno di venti persone, non ha nulla di contrario alle leggi od a'regolamenti, soprattutto dopo lo Costituzione del 1848; che in conseguenza i suoi membri sono nel dritto comune per riceve e collettivamente delle cose, che non restano comuni tra loro, che insino a quanto vi consentono.

« Ma considerando, che bisogna fare una distinzione in questa materia tra l'esistenza di una congregazione religiosa ad il suo stabilimento legale; che supponendo essere la Congregazione di Carmelitane al coperto di ogni critica in quanto alla sua esistenza di fatto, non è men vero di non avere ricevuto dall'autorità competente il dritto di formare uno stabilimento.

« Che giusta la legge dei 24 di maggio 1825 (articolo 1 e 4) per mezzo del solo stabilimento le congregazioni religiose, che sono delle persone morali dipendenti dal dritto pubblico, possono possedere od acquistare a titolo oneroso o gratuito: che lo Stato è interessato, onde non si formino senza del suo concorso delle corporazioni di questo specie, la cui natura è di perpetuarsi, e che si pongono in una situazione particolare sia pel loro obietto e le loro regole interiori, sia per l'immobilità e l'accumulazione delle loro proprietà.

« Che se fosse diversamente, ne risulterebbe, che le congregazioni religiose, che si mettessero al di fuori della legge, avrebbero un privilegio sopra quelle, il cui stabilimento fosse legale; che dopo di essersi affrancate dalle disposiziani di dritto pel loro stabilimento, sarebbero esenti da ogni regola in ciò, che concerne le incapacità e l'acquisto dei beni; la quale conseguenza è inammessibile.

« Per questi motivi annulla l'appello e quella di cui è appello.

« Riformando, dichiara nulla e di niun effetto il testamento dei 13 di agosto 1841 ec. (1).

691. Si rimarcherà, che questo arresto tocca un punto importante, cioè la differenza tra l'esistenza di fatto e lo stabilimento legale di una congregazione religiosa. Questa distinzione è capitale, e risponde ad un obiezione ricavata dalla tolleranza delle associazioni religiose dopo della costituzione del 1848; concilia il dritto pubblico nuovo col dritto pubblico antico, e conserva allo Stato ed ollo legge le sue prerogative e la sua alta tutela.

692. Ritorniamo ora agli stabilimenti religiosi legalmente instituiti.

Lo legge dei 24 di maggio 1825, che regola la situazione dei conventi delle donne, si occupa della misura di capacità di questi pie-

gio 1851. Essa fa precedere l'arresto da questa osservazione: Conformemente a queste conclusioni, la corte, dopo deliberazione nella camera di consiglio, ha renduto il seguente arresto, nel quale, accanto dei princi-pî di una sana dottrina, si trovano delle considerazioni d'interesse pubblico, degne di essere raccomandata non solo ai giustiziabili, ma all'istessa autorità superiore.

(1) Udienza dei 19 di maggio.

tosi usili. Non vuole, che possano essere istituiti per un titolo universale, ed un legato universale sarebbe nullo. Vi possono essere dei pericoli inopinati; possono manifestarsi dei debiti, quando di già l'accettazione ha avuto luogo, e convertire in un' obbligazione onerosa una liberalità, giudicata dapprima opulenta. D'altronde il legato universale dà al legatario universale la qualità di continuatore del defunto, e potrebbero risultare da questa rappresentazione ereditaria dei rapporti esteriori e degli imbarazzi incompatibili col *decorum* di uno stabilimento religioso. Gli stabilimenti religiosi delle donne non possono dunque raccogliere, che dei legati a titolo particolare. Una ragione di decenza spiega sufficientemente la proibizione, di cui si tratta (1). Del resto i riguardi per lo spirito di famiglia entrano qui per poca cosa, perocchè nulla vieta al testatore di esaurire tutta la sua fortuna in legati particolari a favore dello stabilimento (2).

693. Ora vi à un'altra cosa; questo dritto di raccogliere viene a restringersi di una segnalata maniera, quando la persona, che dispone, fà parte dello stabilimento religioso.

La legge dei 24 di maggio 1825 stabilisce col suo articolo 5, che se la persona, che dona tra vivi, o testa, fà parte dello stabilimento religioso, questo stabilimento non è capace di ricevere, che sino alla concorrenza del valore del quarto dei beni della disponente, a meno che la donazione o il legato non eccede la somma di 10 mila franchi. Si è avuto timore delle influenze segrete, delle cieche divozioni, e dell'oblio della famiglia naturale, troppo sovente sagrificata alla famiglia spirituale (3). Del resto quando la legge parla del quarto dei beni, non intende con ciò di autorizzare il legato a titolo universale, che più sopra ha proscritto; ma vuol dire solamente, che i legati particolari non possono eccedere il quarto della fortuna della disponente (4). Che se il donante facesse allo stabilimento, di cui fà parte, un legato universale, questa disposizione sarebbe nulla per lo intiero, e non già solamente riducibile al quarto (5). Ed in effetti come ridurre un legato universale ad un legato particolare? Non sarebbe cambiarne la natura? Non sarebbe farlo passare da una classe in un'altra, od usurpare i dritti del testatore?

694. Lo stesso articolo 5 non si arresta là, ma considera le suore appartenenti allo stabilimento come persone interposte per le donazioni ed i legati, che si dirigono ad esse personalmente, ed in conseguenza non permette, che le liberalità eccedano il quarto, come se fussero fatte allo stesso stabilimento. Questa presunzione d'interposizione cessa soltanto, se la donataria e la legataria è erede in linea di retta della donatrice o testatrice.

Non si deve imputare nel quarto disponibile la dote, che paga ogni novizia nell'entrare nello stabilimento, dote, che è la compensazione di ciò, che la comunità deve fornire per alloggiamento nutrimento e mantenimento. L'uso di costituirsi una dote è pressochè generale nelle comunità religiose, e questa dote è acquistata dallo stabilimento non già a titolo di donazione, ma a titolo di *do ut des* (6).

695. Nonpertanto l'abuso è facile in questa materia e può essere frequente. L'antica legislazione se n'era preoccupata, ed ho avuto occasione di ricordarlo in un rapporto, che ho presentato alla Corte di Cassazione (7). Nell'origine i parlamenti tolleravano le doti modiche, riducevano quelle, che erano troppo forti, e vietavano pure a certi stabilimenti molto ricchi di esigerne. Ma la giurisprudenza essendo stata riconosciuta impotente. Luigi XIV credè di dovere intervenire con la sua dichiarazione dei 28 di aprile 1693 (8), e vietò in un modo generale di esigere cosa alcuna direttamente o indirettamente per oggetto ed in considerazione della ricezione, vestizione o professione. Ne eccettuò solamente gli stabilimenti recenti o posteriori al 1600, a che avevano bisogno di soccorso. In questo caso volle, che la dote consistesse in rendita vitalizia, o fosse costituita con atto notariale con l'assentimento del padre, della madre, del tutore o curatore. La rendita doveva essere di 500 lire nelle città sedi del parlamento, o di 350 lire nelle altre città. Si potevano aggiungervi per mobili abiti ed altre cose assolutamente necessarie 2000 lire una volta pagate nelle città di parlamento e 1000 lire nelle altre città, il tutto comprovato con atto innanzi notaio. Nel caso, in cui i parenti delle persone, che entravano in religione, non avessero voluto assicurare una rendita vitalizia, il Re permetteva alle superiori di ricevere una somma di 8000 mila lire nelle città di parlamento e di 6000 mila lire nelle altre col carico di redigerne atto innanzi notajo.

Queste disposizioni erano savissime, ed erano generalmente seguite, se non chè si erano ammesse le doti di somme modiche anche nei conventi di antica fondazione (9).

(1) V., n° seguenti, gli arresti cit.

(2) Bayle-Mouillard, *su Grenier*, t. I, p. 589.

(3) Nell'antico dritto, la captazione era sopposta di pieno dritto nelle liberalità dei novizi al loro convento (ord. di Blois, art. 28). Furgole, VI, 1, 78.

(4) Bayle Mouillard, *luoc. cit.* Caen, 31 marzo 1846 (Devill., 46, 2, 431, 432).

(5) Lione, 22 marzo 1843 (Devill., 43, 2, 369). Caen, 31 marzo 1846 (Devill., 46, 2, 431).

(6) Argomento da un arresto della corte di cassazione, dei 2 dicembre 1845, a mio rapporto (Devill., 46, 1, 585).

(7) *Luoc. cit.* Sono corsi molti errori nella Raccolta.

(8) Durand de Maillane, *Diz. di dritto canon*, v° *Dote*.

(9) Brillon, v° *Beneficio*. Durand de Maillane, *luoc. cit.*

Codesta legislazione è andata via con gli stabilimenti religiosi, pei quali era stata fatta; ma può dare degli utili avvertimenti. Dapprima ne risulta, che la dote non esiste di pieno dritto, ma bisogna, che sia costituita, quando si entra nella comunità, e che vi sia una pruova certa della convenzione. Che importa, che la regola approvata dall'autorità superiore permetta di esigere una dote determinata? Questa è solamente una facoltà, e la comunità può usarne o non usarne. Avviene sovente, che essa vi rinunzia, sia a favore di una persona povera, sia a favore di un gran merito, sia a favore di una suora, dalla quale si spera in seguito di ottenere dei vantaggi pecuniari. Epperò la dote dev' essere comprovata. Non si esigerà per certo un atto notariale, perchè la legislazione moderna non ha riprodotto l' esigenza dell'antico dritto; non si esigerà un atto di donazione nelle forme, perchè la dote di una religiosa non è una donazione. Ma si esigerà una pruova certa seria di buona fede (1), senza della quale pruova, senza una manifestazione di volontà non si accorderà nulla allo stabilimento, perchè l'entrata in religione non ha per effetto necessario di rendere la comunità creditrice di una dote, ma vi bisogna una convenzione.

696. Tra le congregazioni delle donne le suore ospedaliere, le suore di carità si distinguono per le loro virtù e la loro utilità. Un decreto del 18 di febbraio 1809 ha regolato il loro stabilimento prima del regime costituito con la legge dei 24 di maggio 1825 (2). Questo decreto nel lasciare alle suore ospedaliere la proprietà individuale e l' amministrazione dei loro beni patrimoniali, conteneva una proibizione rimarchevole, il cui scopo si era di prevenire i voti perpetui, non riconosciuti dalle legge e poco favorevoli secondo le idee del tempo. Gli articoli 9 e 10 vietavano alle suore ospedaliere di spogliarsi tra vivi, sia a favore della loro famiglia, sia a favore del loro stabilimento, sia a favore di chicchessia; il che era una garentia contro un' alienazione assoluta senza riversione, senza pentimento possibile. Del resto il dritto di testare sussisteva in tutta la sua pienezza.

697. Il decreto del 1809 è restato la regola delle suore ospedaliere sino al 1825, ma, a quest' epoca la legge del 24 di maggio le ha agglomerate nelle sue disposizioni generali, ed ha creato per esse un dritto, che è loro comune col dritto di tutte le donne appartenenti a congregazioni religiose. E siccome la legge dei 24 di maggio 1825 non ha ripetuto la disposizione ristrettiva ed esorbitante del decreto dei 19 di febbraro 1809, ne siegue, che questa proibizione non esiste più.

Si è ciò contrastato, ma in vano. La legge del 1825 è stata fatta per le suore ospedaliere come per le altre congregazioni di donne (3). Il monitore del 6 di aprile 1827 prova, che esistevano al 1° gennaro 1825 2800 stabilimenti di religiose; 20 congregazioni solamente erano dedicate alla vita contemplativa; tutte le altre erano case ospedaliere. Perlochè queste formavano la maggioranza, e la legge le concerne più di tutte le altre.

698. Quando uno stabilimento religioso viene ad estinguersi o ad essere rivocato, i beni donati ritornano ai donanti o ai loro parenti in grado successibile (4). Non si ritiene, che i membri della congregazione vi abbiano acquistato il minimo dritto *ut singuli*; essi non sono nulla; la congregazione è stata tutta nel pensiero del donante.

699. In quanto ai beni compresi dagli stabilimenti, la legge del 1825 non applica qui il dritto emergente dalla mancanza di credi, in virtù del quale l' assemblea costituente attribuì al demanio pubblico i beni della Chiesa. La legge del 1825 li ripartì per metà tra gli stabilimenti ecclesiastici e gli ospizi dei dipartimenti, nei quali sono situati i stabilimenti estinti (5). Qui ancora si vede quanto il dritto individuale sia poca cosa, e come i membri delle corporazioni sono cancellati; il che forma una grande differenza tra le congregazioni religiose e le società ordinarie, imperciocchè in queste ultime la cosa comune appartiene a tutti in particolare, mentre nel corpo morale, formato da una congregazione religiosa, tutto appartiene all' essere intellettuale, e per gl'individui non vi è nulla.

Articolo 911 (827).

Ogni disposizione a favore di un incapace sarà nulla, sia che venga occultato sotto la forma di un contratto oneroso, sia che venga fatta sotto il nome di persone interposte.

Saranno riputate persone interposte il padre e la madre i figli e discendenti ed il coniuge della persona incapace (a).

SOMMARIO

700. Una donazione tra vivi o testamentaria a favore di un incapace può essere occultata di due maniere: *prima*, per interposizione di persone; *secondo*, per contratto simulato.

(1) Arresto precitato, dei 2 dicembre 1845 (Devill, 46, 1, 387).
(2) *Sopra*, n° 530.
(3) Bayle-Mouillard, *luoc. cit.*, p. 590, 591.
(4) Legge dei 24 maggio 1825.
(5) Laferriere, t. I, p. 380.
(a) Quest'art. corrisponde ed è uniforme all'art. 827, delle nostre Leggi civili. *Il traduttore.*

COMENTARIO

700. Inutilmente la legge avrebbe emesse delle disposizioni per vietare le liberalità a favore di certe persone colpite da un incapacità relativa, e che destano sospetto, se non avesse preveduto il caso, in cui una frode accorta, improntando dei colori stranieri, sapesse eludere i suoi divieti Lo scopo del nostro articolo è di prevenire questo genere di sutterfugi, ed è calcato sull' antica giurisprudenza, la cui saviezza aveva lasciato sfuggire pochissimi casi importanti. E siccome questa materia è piena di frodi, l' interprete si armerà di severità per non essere giuoco di combinazioni astute e di speziosi raggiri.

Si può occultare una donazione tra vivi o testamentaria a favore di un incapace in due maniere: o per interposizione di persona o per contratto simulato. Epperò bisogna guardare le frode sotto di questi due aspetti.

701. L' occultamento per interposizione di persona si fa con un fedecommesso tacito (1), per mezzo del quale s' instituisce una persona capace, che s' incarica verbalmente di rendere l' oggetto della liberalità ad una designata persona incapace. il che è il vero scopo della disposizione a titolo gratuito (2).

Questa frode alla legge era praticata dal tempo dei Romani. Ecco come se n' esprime la legge 10, D., *De his quae ut indign. auf.* « *In fraudem juris fidem accomodat qui vel* « *id quod relinquitur, vel aliud tacite pro-* « *mittit, se restituturum personae, quae legi-* « *bus ex testamento capere prohibetur, sive* « *chirographum eo nomine dederit, sive nuda* « *pollicitatione repromiserit* (3). »

Per prevenire questo giro illegale la legge dichiarava indegna la persona gravata di rendere, ed il fisco s' impadroniva della disposizione (4).

Quest' ultima disposizione non aveva luogo

(1) *Sopra*, n° 684.
(2) Furgole, VI, 3, 208 e seg. Ricard *Donaz.*, p. 1, n° 708. V. il prezioso commentario di Cujacio sulla legge 11, D. *De his quae ut indignis* (*Quaest. Pap.*, lib. 15).

(3) V. Cujacio sulla legge 3, D., *De probat.* (lib. 9, *Respons. Papin.*).
(4) L. 48, D., *De jure fisci*. V. là sopra Pothier, *Pand.*, t. II, p. 352, n° 392, e Furgole, VI, 3, 208.

Digitized by Google

in Francia, ove il fisco aveva molti minori diritti che presso i Romani. Si dichiarava la liberalità caduca ma a favore dell' erede. Il Codice Napoleone è stato concepito nelle istesse idee.

702. Onde vi sia interposizione di persona veramente fraudolosa bisogna trovare il concorso di due circostanze, cioè un utile a favore di una persona proibita; un patto segreto, sia formale, sia tacito e mentale per fare pervenire la liberalità a questo incapace. Se per esempio il patto non fosse segreto, e che il peso di rendere alla persona proibita fosse apertamente messo nel testamento o nella donazione, si comprende, che non vi sarebbe quel, che si chiama interposizione di persona, e che non si potrebbe supporre una intenzione fraudolosa di eludere la legge nè nel disponente, che manifesta pubblicamente la sua volontà, nè nella persona incaricata di rendere con la stessa pubblicità (1). In simile caso se la disposizione presenta i caratteri della sostituzione, si annulla per lo intiero giusta l' articolo 896 del Codice Napoleone (a). Ma se essa costituisce so'tanto un semplice fedecommesso, si dichiara nullo il solo peso di rendere all' incapace, e se ne fa profittare l' erede; in quanto al gravato egli raccoglie senza difficoltà ciò, che la disposizione può contenere di utile legale per lui. Invece quando il fedecommesso è tacito, il peso di rendere è la causa finale della disposizione, nè alcun pensiero di liberalità si dirige al gravato. Resta unicamente un incapace, che solo si è voluto gratificare, sì che la disposizione cade per lo intiero, perchè la frode n' è l' anima ed il fondo.

703. Ciò stabilito, si tratta ora di esaminare come può acquistarsi la pruova di un fedecommesso tacito. La frode, che presiede a questo genere di disposizioni, può provarsi per tutt' i generi di pruova, per la pruova testimoniale, la pruova scritturale, il giuramento, l' interrogatorio sopra fatti ed articoli ec. (2) Ricard sostiene in vero, che non si può provare per mezzo di testimoni, essere l'erede semplicemente fiduciario in frode della legge (3). Ma questa opinione è falsa dapoichè la legge 3, § 3, D., *De jure fisci* ammette ogni genere di pruova. *Sed ex aliis probationibus manifestissimis idem fit* (4).

704. Non è neppure necessario di provare, che un accordo formale ha avuto luogo tra il gravato e l' incapace, ma basta, che il loro accordo risulti dalla natura delle cose, affinchè sebbene mentale, sia ammesso come certo (5). Ed in fatti di che si tratta? Di svelare la frode. Or nelle situazioni, che ci occupano, la frode studia precisamente di evitare tuttociò, che potrebbe fare apparire uno accordo. Il perchè bisogna prendere il pensiero ne' ripieghi, ove si nasconde. Le circostanze lo svelano quasi sempre suo malgrado (6). I rapporti di stretta amicizia, di dipendenza personale, di convincimenti religiosi, o altri sono indizi di un' alta gravità (7).

705. Siccome vi sono mille mezzi di tenere la frode segreta, e che nondimeno si deve supporla facilissimamente tra persone congiunte dai legami del sangue la legge non si è contentata di una pruova sovente fuggitiva, ma ha creduto di dovere stabilire certe presunzioni legali, che di pieno dritto fanno supporre l' interposizione.

Il perchè le affezioni, che uniscono gli ascendenti ed i discendenti, lo sposo e la sposa, rendendo i loro interessi comuni, il legislatore ha voluto, che ciò che era dato allo sposo, al padre, alla madre, ai discendenti d' una persona incapace, si presumesse donato a questo stesso incapace.

706. Nel dritto romano si era compresa del pari la necessità di fare ridondare su delle persone unite da interessi comuni l' incapacità di un cittadino, ma non si era andato tanto lontano come noi, imperciocchè si riguardavano come interposti quelli soli, che erano sotto la potestà dello stesso padre di famiglia, e che per conseguenza recavano le donazioni, che erano loro fatte, alla stessa massa dei beni. Così il figlio era considerato come interposto per suo padre, se era in *potestate*. Il padre era considerato interposto per suo figlio, se l' aveva *in potestate*. Il fratello era pure considerato come interposto per suo fratello, se l' uno e l' altro erano nella podestà del medesimo padre (8). Ma queste presunzioni di frode e di interposizione cessavano, non appena i legami della potestà paterna erano franti (9).

707. Il dritto francese è andato molto più lontano (10). Per una diffidenza fondata sulla

(1) L. 3, § 1, D., *De jure fisci*. L 103, D., *De legat.* 1°.

(a) Presso di noi la disposizione non si annulla per lo intiero, perciocchè la sostituzione sola annulla la disposizione principale o la instituzione. (Leggi civili articolo 943) Se non che la disposizione, potrebbe essere annullata per mancanza di volontà nel disponente, se non contenesse verun utile legale per gravato, e che questi fosse stato unicamente incaricato di raccogliere per restituire all'incapace. *Il traduttore.*

(2) *Sopra*, n° 685, 686.

(3) N° 713.

(4) Furgole, VI, 3. 264 Heerys, 5, 6, 18, e Brettonier. Teullier, n° 77.

(5) *Sopra*, n° 687.

(6) Cassaz 20 luglio 1846, a mie rapporto (Devill., 47, 1. 74). Cassaz. 20 aprile 1847 (Devill, 47, 1, 437, e Dalloz, 47, 1, 269) Bordeaux, 8 dicembre 1847 (Devill., 48, 2, 13).

(7) Dissertazione del Sig. Pont, *Rivista di legisl.*, t. XXX, p. 290.

(8) L 3, §§ 5 e 6. L. 5, § 2. L. 32, § 16 D., *De donat. inter vir, et uxor.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 39, n° 8.

(9) Voet, *De donat. inter vir.*, n° 9. Ricard, part. 1, n° 709.

(10) Ricard, n° 710 e 714, 717.

Digitized by Google

conoscenza del cuore umano e determinata d'altronde da motivi della più alta considerazione, ha supposto che indipendentemente da ogni pruova straniera, vi è un'irresistibile presunzione, che il padre, la madre, il coniuge, o il discendente sono incaricati per fedecommesso tacito di restituire la cosa all'incapace, quand'anche il legame della potestà paterna non esistesse; la quale presunzione è talmente forte, riposa su di una identità d'interessi così intima, su ragioni di affezione così potenti, che è una presunzione di dritto (1), ed esclude ogni pruova contraria (art. 1352 (a)). Tale si era l'antica giurisprudenza almeno nella sua generalità (2). Il Codice Napoleone non ha fatto che impadronirsene, e formolandola in una maniera netta e ferma, l'ha messa al di sopra dei capricci dell'arbitrario.

708. Nondimeno taluni arresti hanno cercato di lottare contro questa barriera dell'articolo 911, ma la Corte di cassazione l'ha mantenuta con vigore. Il perchè la Corte di Grenoble avendo deciso, che l'articolo 911 non poteva applicarsi alla donazione fatta al padre o alla madre di un figlio adulterino, per la ragione, che questo figlio non poteva ricevere dai suoi autori nè per successione nè per donazione tra vivi, e che perciò non si poteva supporre, che costoro fossero stati incaricati di trasmettere a lui, quest'arresto è stato con ragione cassato da un arresto della Corte di cassazione dei 13 di luglio 1813 (3). Risulta dalla decisione della Corte Suprema, essere la disposizione dell'articolo 911 generale ed assoluta, non permettere ai giudici di decidersi per della congetture e neppure per delle pruove contrarie. Nonpertanto la specie si presentava sotto favorevoli circostanze. Appariva chiaramente, che il legato era stato fatto alla madre per pura affezione per lei; da un altro lato il bastardo adulterino era incapace di succedere a sua madre, da ultimo questa avendo disposto del legato, aveva con ciò dato a divedere, non essere interposta per rendere a suo figlio. Malgrado questa riunione di circostanze favorevoli, la Corte di Cassazione si è racchiusa nei stretti limiti dell'artic. 911, e non ha permesso d'indebolire una presunzione di dritto, che porta seco una certezza legale(4).

La mente dell'interprete può vedere altri casi, in cui la presunzione dell'uomo lotta con quella della legge, ma il Giudice deve mostrarsi inflessibile.

Supponiamo che la madre di un figlio naturale riceva una liberalità dal padre di questo figlio; che in seguito si marita ad un altro, e si costituisca in dote, ciò, che ha formato l'obbietto della donazione. Vi è bene in ciò qualche apparenza da fare supporre, che la madre sola è stata favorita e non suo figlio. Nondimeno la presunzione della legge prevarrà, o si deciderà, che vi è fedecommesso tacito (5).

In simile caso non si dovrebbe stupire di vedere la legge colpire con la sua inflessibile uguaglianza tali specie, in cui la frode può a rigore non essere palpabile. Il legislatore ha veduto un'insieme di considerazioni gravi e dominanti, ed ha stabilito una regola comandata dall'utile generale. Un accidente particolare non basta per farla piegare (6).

709. Partendo di qui, che diremo d'un arresto della Corte di Rouen de' 25 di Gennaro 1808, renduto nelle circostanze seguenti? (7).

La vedova Dufour fa il 3 di frimaire anno XIII un testamento, pel quale lega la nuda proprietà di un mobiliare ad un Signore Manoury, cui era attaccata, del pari che a sua moglie, con de'sentimenti di affezione e di riconoscenza, che dichiara nel suo testamento.

Tre mesi dopo, vale a dire il 27 piovoso anno XIII muore in prosieguo di una malattia, nella quale aveva ricevuto esclusivamente la cure di Manoury figlio de' coniugi Manoury, Medico a Vernon.

Bisogna notare, che non era nè giustificato nè anche allegato, che la signora Dufour fosse ammalata il 3 di frimaire anno XIII, ed era certo, che la vedova Dufour era stata per 27 anni nella casa di Manoury padre; d'onde de' rapporti frequenti di vicinanza, di servigi renduti, di un'amicizia, che non si era mai smentita.

In questa circostanza la Corte di Rouen decise, nel confermare la sentenza di prima istanza, che il legato era valido, la vedova Dufour non avendo voluto in alcun caso fare una liberalità al suo medico.

I decisionisti hanno classificato quest'arresto tra quelli, che a torto hanno deciso, non essere l'art. 911 assoluto, e poter cedere la regola, che stabilisce, a delle pruove o congetture contrarie. Non credo, che ne abbiano ben compreso il senso, dapoichè l'arresto di Rouen stabilisce su di una specie, ch'è al di fuori della condizioni dell'art. 911.

Di che si trattava? Si voleva fare decidere dalla Corte, che il medico fosse stato vantaggiato nella persona di suo padre, fraudolentemente interposto. Ma come non si vedeva non essere il Medico colpito da una incapacità assoluta? che diviene incapace solo accidentalmente, e che nella specie la circostanza della malattia e del trattamento, causa unica dell'in-

(1) Ricard, *loco cit.* Consuet di Parigi, art. 276. Normandia, art. 439, ordin. del 1550. Louet e Brodeau, lettera *D*, somm. 17.

(a) Corrisponde all'art. 1306 delle nostre Leggi civili. *Il traduttore.*

(2) Autorità precitate.

(3) Dalloz, 5, 306. Devill., 4, 1, 394.

(4) *Aggiungi* Angers, 13 agosto 1806 (Devill., 2, 2, 165). Amiens, 12 dicembre 1838 (Devill., 39, 2, 254).

(5) Grenoble, 13 di luglio 1813 (Dalloz, 5, 305).

(6) Casaregis. *Disc.*, 8, 12.

(7) Devill., 2, 2, 334.

Digitized by Google

capacità, era posteriore alla liberalità fatta a Manoury padre? Forse Manoury padre, al quale una liberalità era stata fatta il 3 di frimaire anno XIII, poteva ragionevolmente esserne privato, perchè più tardi suo figlio aveva aggiunto a servigi antichi un novello servigio? Forse la situazione e la capacità di Manoury potevano cambiare per un fatto posteriore, estraneo alla persona ed indipendente dal suo fatto? La legge è ragionevole, e dev'essere ragionevolmente interpretata. Che cosa ha voluto? Colpire la frode e vincere i sutterfugi. Ma ove la frode troverebbe luogo qui, se la sua ragione di essere non esisteva al momento del testamento? La volontà della testatrice è chiara, è libera e spoglia di errori, nè bisogna pervertirne la sincerità, rivolgendo contro di essa una disposizione, che è stata fatta soltanto a favore dell'integrità dell'animo.

710. Dico dunque, che l'arresto di Rouen de'25 di Gennaio 1808 è eccellente, e ne ricavo la conseguenza, che siegue:

L'art. 911 non è applicabile, quando l'incapacità accidentale è nata soltanto dopo il testamento o la donazione. Siccome il medico, il confessore ecc. avrebbero potuto essere capaci nel momento del testamento, siccome si avrebbe potuto donare ad essi direttamente, non si può presumere, che si abbia voluto adoperare il raggiro fraudolento d'un'interposizione di persona, per loro donare indirettamente. L'interposizione è un fatto materiale rimproverato al testatore e che dev'essere nel testamento. Ora non vi è motivo di rimproverare al testatore di avere voluto mettere una persona capace in luogo della persona incapace realmente gratificata, perchè quando ha disposto, non vi era incapacità. La base fondamentale dell'art. 911 manca in simile caso, o la persona gratificata ha per essa una pruova così chiara ed un titolo così certo, che sarebbe assurdo di opporle questa diffidente disposizione della legge (a).

Si objetterà forse, che nelle quistioni di capacità bisogna considerare (1) il momento della morte; che qui il momento della morte è contemporaneo del fatto, che l'art. 911 determina; e che perciò la liberalità dev'essere annullata. Ma rispondiamo, che la persona gratificata non è a vero dire incapace; quel, che le si rimprovera, è di non essere sincera. Or se essa era sinceramente gratificata nel momento del testamento, non è possibile, che perda il suo carattere per una circostanza straniera al testamento (b). Non obliamo, che l'interposizione è un fatto di frode, e che il testamento protesta contro di esso (2).

711. Ciò ci conduce ad un punto di vista inverso.

Esaminiamo, se l'art. 911 è applicabile allorchè la persona colpita d'incapacità esiste al momento della disposizione, ma cessa di esistere nel momento, in cui la disposizione produce il suo effetto.

Per esempio:

Pietro fa in favore della madre di suo figlio naturale una disposizione, ch'eccede ciocchè il figlio avrebbe potuto ricevere per successione (art. 908 (c). Più tardi il figlio muore, la madre gli sopravvive, ed il testatore muore col testamento in quistione. Questo testamento sarà nullo, perchè al momento della sua confezione la madre era soggetta alla presunzione del nostro articolo, ed era riputata interposta?

Si può dire per la nullità, che quando la disponente si è decisa a donare, non l'ha fatto, che a ragione della persona incapace, sulla quale portava tutta la sua affezione, e ch'era la causa finale della sua liberalità; ch'è il caso di applicare la regola di Catone: «*Quod ab* «*initio nullum est, non potest tractu tempo*«*ris convalescere:*» che la persona interposta viene riputata di essere la stessa persona incapace, e che perciò il legato è caduco relativamente ad essa.

712. Ma bisogna rispondere, che l'esclusione della madre del figlio naturale non è, che una esclusione relativa ed accidentale, e si attiene alla sola persona incapace, che si vuole colpire per tutt'i mezzi. Ora la persona incapace non esistendo più, quella, che si riputava interposta, riprende tutta la sua naturale attitudine, e rientra nel suo dritto.

In quanto alla regola di Catone non è applicabile qui. Si sa, che basta, che il legatario riunisca nel momento della morte del testatore tutte le condizioni di attitudine (3). Poco importa il suo stato nel momento nel testamento.

Codeste regole sono soprattutto soddisfacenti per la ragione nel caso, che ci occupa. Imperocchè evidentemente il testatore ha potuto avere delle grandi ragioni di affezione personale e speciale per pensare nelle sue liberalità alla madre di suo figlio. Vogliamo bene, che

(a) Questo ragionamento suppone, che il testamento sia stato fatto prima della malattia, nella quale il medico prestò la sua assistenza, e della quale la testatrice morì. Or a queste case non è applicabile l'art. 909 del Codice Napoleone (825 delle nostre Leggi civili), il quale espressamente richiede, che la disposizione sia stata fatta nel decorso della malattia. Manca dunque l'incapacità, e quindi l'interposizione, per la letterale disposizione della legge. *Il trad.*

(1) *Sopra*, n[i] 436 e seg.

(b) A noi pare, che una tale obiezione rimane esclusa dalla stessa lettera della legge. Ed in vero se essa proscrive le sole disposizioni fatte nel corso della malattia, è chiaro, che l'incapacità è determinata in questo caso dalla data dell'atto, che contiene la liberalità. Per lo che quella medesima legge, che pronunzia l'incapacità, la fa dipendere dalla data dell'atto e non dal momento della morte del disponente. *Il trad.*

(2) *Infra*, n° 714.

(c) Art. 824 Leggi civili. *Il traduttore*.

(3) *Sopra*, n° 436, 437, 438.

questa ragioni si cancellioo agli occhi del legislatore, quando il figlio, che l'art. 908 riduce ad una quota minima, è là presente, e ch'è naturale di pensare, che sua madre è stata chiamata a raccoglìera, affinchè raocolga esso stesso. Ma quando la morte l' ha tolto, e che il padre è persistito nella sua disposizione, è evidente, che il legato si spoglia di ogni oscurità, e risulta, che il pensiero del testatore si è portato esclusivamente sulla madre. Persistendo sino alla sua morte (1), il testatore ha mostrato, che non voleva favorire suo figlio, ma la sola madre, oggetto de la sua amicizia e causa finale della sua disposizione (a) (2)

713. Nondimano osservate, che quando l'interposiziooe di persona è il risultamanto d'una suggestione legalmente presunta, la nostra decisione è suscettibile di essere modificata, ed ecco il perchè:

Il tutore per esempio si presume di avere abusato del suo impero sull'animo del pupillo per captare le liberalità, che quest' ultimo gli ha fatto (art. 907) (3); ed è chiaro, che se queste liberalità si fanno pel mezzo indiretto d'una interposizione di persona, l'interposizione è così il frutto della captazione, come la stessa disposizione, che dissimula. Or la captazione è un vizio, che infetta la volontà del testatore, e reode il testamento nullo nel suo principio (4). Da che siegue, che la premorienza del tutore non dovrà essere presa in considerazione per fare sussistere il testamento a favore del legatario apparente. Non già che questo legatario sia propriamente incapace, ma perchè il testatore non è stato libero e sano di mente in tempo del testamento(5). Si sa che il testatore dev' essere capace ne' due tempi, al tempo della morte, ma principalmente al tempo della confezione del testamento (6). Nel nostro caso non era capace nel momento del testamento, perchè non è stato padrone di sè stesso, ed ha ceduto ad una violenza morale.

Del pari supponiamo, che Pietro, ammalato della sua ultima malattia, faccia un legato di 20 mila franchi al figlio del suo medico, e che questi muoja immediatamente prima dell' ammalato. Il legato non dovrà sussistere, perchè è viziato nell'origina dalla captazione presunta, che n'è stato il mobile determinante.

714. In quel, che concerne la donazione tra vivi la quistione si presenta con delle gradazioni di colori, che bisogna esaminare. Supponiamo dapprima il seguente caso:

Pietro dona a Paolo un immobile il 25 Giugno 1850, e cade ammalato nel 1851: Francesco, medico, figlio di Paolo lo cura della malattia, di cui muore, e pendente questa malattia, Paolo accetta la donazione.

Si dirà forse, che Paolo è interposto? che nel momento dell'accettazione hà avuto dietro di lui suo figlio, persona incapace e che perciò quest' ultimo si presume gratificato? che nella materia delle donazioni, deve considerarsi l'accettazione per giudicare le quistioni di capacità?

Rispondo, mettendo da parte questi punti di dritto, che la donazione è valida, ed ecco le ragioni, per la quali lo provo:

Qui non si tratta d' un' incapacità; Paolo in verità non è incapace; se non che si pretende, non essere egli gratificato, che in apparenza, e che la liberalità non si dirige a lui.

(1) *Sopra*, n° 436.

(a) La circostanza dolla sopravvivenza del disponente alla morte dell' incapace è una circostanza importante per l'efficacia della disposiziooo a favore dolla persona presunta intorposta, dapoichè da essa sola può argomentarsi la volontà del disponente di volerla gratificare. Epperò che si dovrebbe dire nol caso, in cui il disponente avesse ignorato la morte dell'incapace? L'incapacità desunta dalla presunzione d'interposizione por la persona apparentemente beneficata sarebbe svanita con la morte dell'incapace, ma mancherebbe la volontà del disponente, il quale ha voluto beneficare non la persona contemplata, ma l'incapace. Almeno talo è la presunzione *juris et de jure* dolla legge.

Però siccome questa presunzione stabilisce una incapacità, o che queste disposizioni sono di stretta interpretazione, a noi pare, che anche nella proposta ipotesi si dovrebbe decidere a favore della disposizione. Da un lato mancando la base fondamentale della presunzione legale, viene a mancare la ragione della legge proibitiva in un caso, che non è quello da essa contemplato. Dall'altro la volontà espressa del disponente deve prevalere sulla presunzione, quando essendo terminato lo scopo giuridico di questa presunzione, la quistione si riduce ad una semplice interpretazione della volontà del donante o del testatore.

Tali osservazioni ci conducono ad un' osservazione relativa alla madre del figlio adulterino od incestuoso. Abbiamo veduto, che l'impossibilità fisica di restituire all'incapace fa mancare la presunzione legale. E perchè non dovrebbe essere lo stesso della impossibilità giuridica? Si dirà forse, che la legge nel dichiarare la incapacità per interposizione, si è proposto d'impedire anche dei soccorsi delle largizioni puramente volontarie a sfornito di ogni legame di dritto verso di quegli incapaci? Che in somma ha vietato che si donasse alla madre loro, solamente perchè la donazione renderebbe migliore la vita della famiglia e quindi più agiata o meno stentata l' esistenza di quei snaturati? Ma ciò sarebbe crudele. Sino a quando la legge ha voluto, che essi non potessero giuridicamente acquistare a titolo gratuito, si è forse piegata dinanzi un motivo di pubblica onestà, ma si cangerebbero i caratteri di questa disposizione in un odio ingiusto contro degli esseri infelici, che non hanno veruna colpa, o su'quali è impressa anche di soverchio l'onta dei traviamenti o delle sregolatezze dei loro genitori, se si ritenesse nel senso succennato. Tale interpretazione è ingiuriosa pel legislatore; e d'altronde è ben chiaro, che l'uomo e la donna, che si abbandonano ad una colpevole passione non sono rattenuti dalla considerazione delle privazioni, cui si troverà esposto l'essere, cui potran dare la vita; quest'essere non è per nulla nei loro pensieri. *Il traduttore.*

(2) Argomento delle leggi 82, D., *De acq. haered.* L. 3 e 5, D., *De donat. inter vir.*

(3) *Sopra*, n° 629.

(4) *Sopra*, n° 482.

(5) *Sopra*, n° 430, 434.

(6) *Sopra*, n° 430 e seg.

Ora la donazione prova soprabbondantemente per se stessa, pel tempo, in cui è stata fatta, e per l'assenza de' motivi di frodare la legge, che Paolo è realmente la persona, che Pietro ha voluto gratificare e non un'altra. Ciò essendo Paolo, a cui Pietro ha voluto sinceramente donare, è dunque legittimamente venuto ad accettare. La verità della donazione porta la verità della accettazione, ed ogni presunzione di frode scomparisce (1).

715. Supponiamo ora un altro caso.

Pietro dona il 25 di Gennaro 1850 alla madre di suo figlio naturale minore; questi muore nel 1852, e la madre accetta dopo la di lui morte. Poichè il donante, permette alla persona pretesa interposta di accettare la donazione, la presunzione d'interposizione, che aveva potuto esistere originariamente, svanisce ora come non fondata, e diviene chiaro, che essa sola è stata la causa finale della liberalità (a).

716. Quand' anche si andasse sino a supporre la suggestione nel momento della donazione, non si sarebbe più inoltrato, dapoichè il consentimento libero, dato all'accettazione, è una ratificazione, che purga questo vizio di frode e di dolo (2). In questo la donazione differisce dal testamento. Supponiamo, che Pietro, attaccato da una malattia mortale, faccia una donazione tra vivi al figlio del suo medico, e che questo medico muoja subitamente prima dell'ammalato: se quest'ultimo consente all'accettazione, tutto sarà ratificato, e la liberalità trionferà delle critiche.

717. Tutto quello, che abbiamo detto quì sopra, è vero con maggior ragione, quando la morte dell' incapace è già avvenuta, allorchè lo liberalità si è fatta. *Sublata causa, tollitur effectus* (3).

718. L' enumerazione delle persone, che il nostro articolo suppone interposte, è di dritto stretto e non dev' essere estesa. *Odia restringenda.*

Così l'art. 911 non si applica di dritto agli affini (4), a'collaterali (5) alla fidanzata (6) ecc.

719. Ma in mancanza della presunzione *juris et de jure* è permesso a'giudici di supplire con la pruova ordinaria per ricercare, se vi è stata frode alla legge per interposizione. Avviene sovente, che s'incarica un estraneo, con più forti ragioni un parente, di rendere ad un incapace. Questo sutterfugio non deve restare impunito, ed il campo della pruova è aperto alle parti (7). Solamente questa pruova dev'essere chiara, imperocchè la frode non si suppone.

720. La legge dal resto non ha definito le circostanze da cui l'interposizione risulta. Fuori i casi, ne' quali la pronunzia di pieno diritto, essa se ne riporta alla saviezza del giudice per decidere, se l'instituzione è sincera, o se manca di realtà. Gli autori congetturali hanno dato delle regole (8), le quali si cavano dalla parentela, dall' interesse, dalla comunione di sentimenti e di affezione, da un certo ascendente ecc. Però tuttociò è lontano dall' essere completo: una mente giudiziosa saprà attingere ne' fatti della causa la pruova della sincerità o della simulazione dell' atto attaccato. Tutto tenta alla scoverta d'una intenzione fraudolente, ed a ciò debbono essere dirette le ricerche della giustizia.

721. In quanto alle persone citate nell'articolo 911, non vi è da equivocare. Bisogna prendere la legge nel suo sistema assoluto, e non limitarla arbitrariamente. E siccome essa è generale, non bisogna fare delle distinzioni, ov' essa non distingue. Così non si terrà conto della separazione de' conjugi (9).

Così, qualunque cosa se n'abbia potuto dire, ora è certo che la presunzione d'interposizione di persona esiste così bene nel caso di filiazione illegittima, che nel caso di filiazione legittima (10).

722. È stato anche deciso con arresto della Corte di Parigi de'26 di aprile 1833 (11), che l'art. 911 è applicabile alla madre di un figlio naturale, ch'era solamente concepito, ma che non era nata all' epoca del testamento e della morte del padre, che l'aveva riconosciuto prima di morire. Si ha l'abitudine di dire, che il figlio concepito si presume nato nelle materie, che gli sono favorevoli (12). Qui il concepimento è stato assimilato alla nascita in un caso svantaggioso. Però facciamo attenzione, che il figlio era stato riconosciuto, prima di nascere, e che il padre aveva mostrato per lui la sua

(1) *Sopra*, n° 710.

(a) Senza infrangere la presunzione legale pare a noi, che si possa dire, che l' incapacità di certe determinate persone si estende ad altre per la presunzione d'interposizione. Però queste seconde non sono incapaci che finchè esistono le prime, e ritornano capaci quando quelle finiscono. Ora nei due casi proposti il donatario era incapace nel tempo della donazione, ma era divenuto capace nel tempo della accettazione. Ed è questo il momento, in cui la capacità del donatario deve esistere (*Sopra* n° 441).

(2) Voet, *Quod metus causa*, n° 16. *Sopra* n° 483.

(3) Ricard, part. 1, n° 768. Colmar, 31 maggio 1825 (Dalloz, 26, 2, 51). L. 3. C., *De donat. inter vir.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 39, n° 11.

(4) Duranton, 8, 275.

(5) Grenoble, 16 aprile 1806 (Dalloz, 5, 293).

(6) Arg. di un arresto della corte di cassaz. del 10 novembre 1836 (Dalloz. 37, 1, 32). Toullier, 5, 81. Dalloz, 5, 302. Bayle su *Grenier*, t. 1, p. 605.

(7) Ricard, part. 1, n.i 744, 745. Cassaz., sez. dei ric. 20 luglio 1846, a mio rapporto (Devill., 47, 1, 74). Cassaz., 27 marzo 1816 (Dalloz, 5, 309).

(8) *Sopra*, n° 686. Menochio, *De praesumpt.* 4, *praes.* 67, 68 e seg. V. il mio rapporto nell'affare precipitato.

(9) Toullier, t. X, n° 52. Lescot, t. 1, n° 276.

(10) *Sopra*, n° 708, e gli arresti d'Angers e di Amiens citati in nota. *Aggiungi* Tolosa, 5 marzo 1827 (Dalloz, 27, 2, 154). Bayle-Mouillard su *Grenier*, t. 1, p. 606.

(11) Dalloz, 34, 2, 1.

(12) L. 7, D., *De statu homm.* L. 231, D., *De verb. signif.*

Digitized by Google

affezione per quest'atto di riconoscimento, che anticipatamente gli aveva dato uno stato. Aggiungiamo, che quando si tratta di rispiagere delle frodi, l'assimilazione del concepimento e della nascita è troppo naturale per non essere accettata (1).

723. La parentela risultante dall'adozione dà luogo alla presunzione del nostro articolo.

724. La presunzione dell'art. 911 non è applicabile alla materia della incapacità assoluta, ma si applica semplicemente alle incapacità relative, enunciate negli articoli 907, 908, 909, e 910. Senza di che si consacrerebbe il falso, e per prevenire la frode si cadrebbe nell'assurdo.

Per esempio gittiamo gli occhi sull'incapacità del morto civile. Non sarebbe irragionevole (è la giusta osservazione di Merlin (2)) che l'art. 25 nel dichiarare il morto civile incapace di donazione e di testamento, si presumesse di avere detto, riportandosene all'articolo 911, che il padre, la madre, il figlio, il coniuge del morto civilmente non potrebbero ricevere per donazione o per testamento da chicchessia? Seguirebbe dunque da ciò, che l'incapacità del morto civile trascinerebbe di pieno dritto l'incapacità di suo padre, di sua madre di suo figlio, e del suo coniuge? Questa conseguenza è stravagante.

Bisognerebbe dunque dire ancora, che l'incapacità dell'interdetto trascinerebbe l'incapacità assoluta e relativamente a tutti di suo padre, sua madre, figlio e coniuge?

Tutto questo non è ammessibile (3). La presunzione dell'art. 911 non ha senso, se non in quanto si rinserra nell'ampito delle capacità relative, ben inteso del resto, che la pruova di un fedecommesso tacito, fatto in dispregio della legge, resta sempre possibile; però non v'ha in ciò presunzione *juris et de jure*.

Quel che termina di provare, che l'art. 911 concerne unicamente le incapacità relative, si è, che è messo in seguito degli articoli del Codice Napoleone, che trattano di queste incapacità ristrette, e che perciò si lega ad esse, mentrechè quando il Codice Napoleone si occupa d'una incapacità assoluta (quella dello straniero) comincia dall'art. 912 un altr'ordine d'idee, dal quale l'art. 911 si distacca interamente.

725. Termineremo queste osservazioni sull'art. 911, facendo rimarcare, che colpisce i doni manuali fatti fraudolentemente del pari, che le donazioni ed i testamenti, che contengono de'raggiri fraudolenti (4).

726. Arriviamo adesso ad un altro punto trattato dal nostro articolo, vale a dire all'occultamente praticato non per lo mezzo delle persone, ma per mezzo degli atti per gratificare indirettamente degl'incapaci.

Vi è in dritto una regola triviale, ed è, che per giudicare della natura di un contratto, non si rimane alla denominazione, che le parti gli han dato: *nimium ne crede colori*, diceva il Poeta (5); ed anche il giureconsulto si ricorda di questo consiglio e l'accetta come eccellente. Le incapacità hanno l'abitudine di resistere alla legge, che le esclude, e di lottare contra di esse per delle vie indirette. Le simulazioni del contratto sono una delle loro armi più frequenti.

Supponiamo dunque, che le parti chiamino col nome di vendita, l'atto pel quale si dà un oggetto ad una persona; la legge toglie questo velo ingannatore, perchè vede di essersi preso il colore della vendita unicamente, perchè potevasi vendere ad un tale individuo incapace di ricevere per donazione, ed annulla come disposizione a titolo gratuito quest'opera di simulazione.

727 Queste simulazioni di contratto sono una tattica antica, perciocchè in fatto di frode che cosa v'è di nuovo? Ma sempre si è saputo colpirla.

Molti testi del dritto romano decidono, che le donazioni occultate sotto il titolo della vendita, della permuta, della società, della locazione, dell'obbligazione, sono come tali rivocate, se sono fatte a delle persone, cui la legge interdice di riceverle (6). Il Codice Napoleone non poteva fare a meno di adottare delle così sagge disposizioni; al che ha provveduto con l'articolo 911.

728. Le ricognizioni di debiti rappresentano una gran parte tra i contratti occulti. Quando è provato, non avere altra causa, che la volontà di vantaggiare un incapace, vengono trattate come se fossero delle vere liberalità, direttamente fatte (7). Però spetta a colui, che le dinota come sospette di provare, che non

(1) *Aggiungi* altro arresto della corte di Parigi, dei 4 di maggio 1840 (Dalloz, 40, 2, 186).

(2) Quistioni di dritto, v° *Interposizione di persona*, §. 1.

(3) Grenier, t. 1, p. 602, n° 132; ma non dà la vera ragione. Toullier, n° 80. Lescot, t. 1, n° 287. Duranton, t. VIII, n° 276. Dalloz, t. V, p. 303.

(4) Bayle-Mouillard, t. 1, p. 608.

(5) Virgilio, *Bucol.*, egl. 2.

(6) L. 32, §§ 24 e 25, D., *De donat. inter vir et uxor.* (*Pand.*, t. II, p. 32, n° 75). L. 52, *eod. tit.* (*Pand.*, t. I, p. 531, n° 6). L. 46, D., *Loc. cond.* (*Pand.*, t. I, p. 533, n° 6). L. 2, § 1. L. 36, 37, 38, D., *De cont. empt.* L. 16, D., *De reg. jur.* L. 3, C., *De cont. empt.* L. 9, C. *eod. tit.* (*Pand.*, t. 1, p. 491, n° 23, 24, 25).

(7) Voet parla in questi termini della ricognizione di debiti dal testatore nel suo testamento: « *Praecipue vero confessionis, in mortis articulo, vel testamento factae, non leves ut plurimum effectus sunt..... Si testamento asseruerit jurato, se debere aliquid, praestandum illud erit, et scripturae credendum* (l. 37, § 3, *De leg.*, 3°). *Quod si simpliciter in testamento sine jurejurando se debere professus sit, ex eo quidem pro debitore habendo non est, sed tamen, si non error probetur, tanquam fideicommissum sustinetur, quod ita confessus est* (l. 93, § 1, *De leg.*, 3°)..... *Atque*

hanno, che una vana apparenza. Per esempio se il testatore nel letto di morte, si riconoscesse debitore del suo medico, e che fosse provato, che il medico non ha prestato nulla, e che questa pretesa obbligazione è stata una compiacenza dell'ammalato per vantaggiare colui, che la legge dichiarava incapace, la liberalità svanirebbe, quale si sia il nome, che le fosse stato dato; imperciocchè il nome non costituendo la cosa, bisogna starsi alla volontà delle parti e non al nome (1).

729. Abbiamo detto, che all' attore in nullità spetta il peso della pruova. Il Signor Delviocourt l' ha negato (2), ed ha preteso, che sol perchè trattavasi d' un' incapace il contratto a titolo oneroso stipulato con lui, portava nel suo seno la pruova della simulazione. Ma nient' è più falso di questa dottrina, che del rimanente non ha trovato verun parteggiano, dapoichè si può essere incapace di liberalità, mentre si è capace di tutti i contratti onerosi. Perchè dunque un contratto di quest' ultima specie sarebbe respinto di pieno dritto? E poi non è un principio, che la frode non si suppone?

730. In quanto alle donazioni occultate sotto la forma di un contratto oneroso, che sono fatte a delle persone capaci di ricevere, è ora riconosciuto, esser esse valide, perchè è permesso di fare indirettamente quel, che si può fare direttamente (3).

ARTICOLO 912 (828).

Non si potrà disporre a favore d'uno straniero, che nel caso, in cui questo straniero potrà disporre a favore di un francese (4) (a).

SOMMARIO

COMENTARIO

731. Non entrerò in dettagli storici, dei quali l' articolo 912 sarebbe suscettibile, i quali si rannodano molto meglio all' articolo 11 del Codice Napoleone.

Mi limiterò a delle brevi esservazioni.

732. Secondo il dritto romano solo un cittadino poteva essere istituito erede. Circa i peregrini e gli *alibi nati* erano dessi incapaci(5), come gli schiavi, i deportati, i nemici. Senza il dritto di cittadinanza non si era capace di veruna instituzione, nè di alcuna liberalità particolare (6).

Nell' antico regime il dritto di albinaggio aveva per conseguenza l' incapacità degli stranieri di ricevere per testamento e per donazione a causa di morte (7). Però lo straniero poteva ricevere per donazione tra vivi (8), d'onde la massima : *Liber vivit. Servus moritur* (9).

733. Il Codice Napoleone aveva creduto di dovere ammettere un sistema di reciprocanza, il cui principio è nell' articolo 11, e del quale vediamo qui una rimarchevole conseguenza. L' assemblea costituente aveva abolito il dritto di albinaggio, ed aperta la Francia agli stranieri (10). Ma l' Europa non aveva risposto a quest' appello, ed aveva continuato a rinchiu-

« *hinc est, quod si testator confiteator debita in fraudem legitimae vel in gratiam incapacis personae, heredes ex ea confessione audquaquam obligentur*. » L. 37, § 6, *De leg.* 3°). Lib. 42, t. II, n° 9, e Pothier, *Pand.*, t II. p. 274, n° 28. V. *infra*, n.i 1973 e 2054.

(1) Ricard, *Donat.*, part. 1, n. 757. Toullier, t. V, n. 84. Grenier, t. I, n. 134. Proudhon, *Usufrutto*, t. V, n. 2363. Coin-Delisle sull'art. 911, n. 7.

(2) T. 3, p. 63, nota 1.

(3) V. *infra*, n. 1105.

(4) V. il mio comm. dell'art. 2128 del Codice Napoleone.

(a) L'art. 828 delle nostre Leggi civili, cui quest'articolo corrisponde, è così conceputo. « Il nazionale potrà disporre a favore d'uno straniero, purchè tra le « due nazioni vi sia dritto di reciprocazione, e salve le « eccezioni, che per transazioni diplomatiche potrebbero aver luogo. »

(5) L. 6, § *Solemus*, D., *De hered. instit.* L. 1. C. *De hered. instit.*

(6) Furgole, VI, 2, 10. Doneau, VI, *Comm.*, c. 17, n. 12.

(7) Furgole, VI, 2, 10. Bacquet, 26, 5. Ferrieres *su Parigi*, art. 292.

(8) Loisel, 1, 51. Chalons, art. 16.

(9) Delaurier *su Loisel*, *ibid*.

(10) Decreto degli 8 aprile 1791.

dersi relativamente a noi nei rigori di un dritto d'albinaggio, un'utile ausiliario delle diffidenze, che inspiravano i traviamenti della rivoluzione. Per lo chè il Codice Napoleone credè di mettere fine ad una falsa generosità; fece un passo indietro, e non accordò allo straniero se non ciò, che lo straniero accordava ai francesi. Da questo giorno lo straniero non fu capace di ricevere in Francia sia per testamento, sia pure per donazione, se non per quanto i trattati avessero accordato un dritto reciproco uguale ai francesi nel paese, al quale questo francese apparteneva. Si scorge, che il testamento e la donazione furono messi nella medesima linea (1); onde sotto di questo rapporto eravi aggravamento dell'antico dritto.

734. Questa reciprocanza era un savio pensiero in un momento, in cui la Francia viveva male con l'Europa, e nel quale lo straniero non era sempre per noi un approvatore ed un amico. E per verità sarebbe stato imprudente di lasciare a degli stranieri, i cui sentimenti potevano essere così dubbi, la libertà indefinita di raccogliere in Francia delle ricchezze, che avrebbero dopo trasportato nei loro paesi a spese della nostra ricchezza nazionale.

Ma la reciprocanza cessò di rispondere agli interessi francesi, quando il governo pacifico della restaurazione formò una tregua tra la Francia e l'Europa. Il soggiorno del nostro paese chiamò numerosi stranieri allettati da un clima felice, da un elegante incivilimento, da una vita facile. E fu di una buona politica di ritenerli, aggiungendo delle eque leggi alle seduzioni naturali della Francia.

La legge dei 14 di luglio 1819 operò questo miglioramento, ed è così conceputa:

« Articolo 1.° Gli articoli 726 e 912 del « Codice Napoleone sono abrogati. In conseguenza gli stranieri avranno il dritto di succedere, di disporre, di ricevere nell'istesso « modo dei francesi in tutta l'estensione del « regno (2).

735. Questa bella legge ci dispensa dall'esaminare molte quistioni, delle quali il dritto civile era imbarazzato, primachè avesse essa allargato la sfera dei rapporti internazionali (3).

Si dimandava per esempio, se la reciprocanza, di cui parla l'articolo 912, era una reciprocanza risultante positivamente dai trattati, ovvero se nella deficienza di ogni trattato bastava che il francese potesse essere gratificato in paese straniero giusta la legge civile di questo paese, onde il francese potesse gratificare lo straniero appartenente a questo paese (4). Un arresto della Corte di Bordeaux dei 26 gennaro 1829, renduto sotto la presidenza del signor Ravez, di sì rincrescevole perdita, primo presidente, ha deciso, che l'articolo 912 non dimanda l'esistenza di un trattato; che in ciò distinguevasi dagli articoli 11 e 726 del Codice Napoleone; che la legge inglese permettendo ad un inglese di disporre di tutta la sua fortuna mobiliare a favore di un francese, il francese poteva per reciprocanza istituire un inglese in tutto il suo patrimonio mobiliare (5).

736. Circa la capacità personale del legatario straniero, si giudica per le leggi del suo paese, perocchè lo statuto personale siegue la persona ovunque va.

Nondimeno non estendiamo questa regola alle incapacità risultanti da condanne, che delle sentenze rendute in paese straniero avessero fatto gravare sul legatario. Imperciocchè l'autorità delle sentenze non sorte dai limiti del territorio, e spira ove spira la sovranità (6).

(1) Art. 11, 25, e 912 combinati.
(2) Merlin, repert., t. XVI, v. *Erede*.
(3) Grenier, t. 1, n. 114.
(4) Grenier, t. 1, n. 115.
(5) *Gazzetta dei Tribunali* dei 5 marzo 1829. La raccolta del Sig. Devilleneuve ha troncato quest'arresto (Devill., 9, 2, 195).
(6) Merlin, Repert., v. *Successione*, seg. 1. § 2, art. 2.

CAPITOLO III.

DELLA PORZIONE DEI BENI DISPONIBILE E DELLA RIDUZIONE.

SEZIONE I.

DELLA PORZIONE DE' BENI DISPONIBILI.

ARTICOLO 913 — 829

La liberalità sia per atti tra vivi, sia per testamento non potranno eccedere la metà dei beni del disponente, se non lascia alla sua morte, che un figlio legittimo, il terzo, se ne lascia due, il quarto se ne lascia tre o un più gran numero (a).

SOMMARIO

737. Il principio d'una riserva a favore di certi prossimi parenti ha la sua sorgente nel dritto naturale, od il Codice l'ha saggiamente organizzata.
738. Delle parole *legittima* e *riserva*. La riserva è una proprietà indisponibile a titolo gratuito.
739. Riflessioni preliminari. — Del dritto di disporre a titolo gratuito nel dritto romano. — Del testamento inofficioso o del testamento inutile.
740. Modificazione introdotta da Giustiniano. — Della diredazione.
741. La legittima dei figli fu considerata da Giustiniano non come una parte dell' eredità, ma come una prelibazione dell'eredità.
742. La legittima era proporzionata al numero dei figli.
743. Legittima degli ascendenti in dritto romano.
744. In regola generale non vi era in Roma legittima a favore della linea collaterale.
745. I paesi di dritto scritto adottarono l' ultimo stato della giurisprudenza romana.
746. Nei paesi di consuetudine per lo contrario la legittima era ciò, che formava la eredità del defunto o la porzione disponibile non era, che una deduzione della successione guardata sotto un aspetto differente.
747. Ragione di questa differenza tra il dritto consuetudinario ed il dritto Romano — Della cifra più o meno elevata della riserva secondo le consuetudini.
748. Del dritto di diredazione.
749. Gli ascendenti non avevano legittima nei paesi di consuetudine.
750. La maggior parte delle consuetudini per lo contrario ammettevano delle riserve pei collaterali.—Motivo di queste riserve.
751. Però solamente a riguardo delle disposizioni a causa di morte i propri erano protetti dalle riserve consuetudinarie.
752. Leggi della rivoluzione sul dritto di disporre dei padri di famiglia. —Abolizione della diredazione.— Altre disposizioni avevano un carattere di esagerazione — Leggi del 7 nevoso anno II.
753. Legge del 4 germinale anno VIII.
754. Idea madre di questa legge.
755. Discussione nel consiglio di Stato. — Rapporto della proposizione della sezione di legislazione del Sig. Bigot de Preameneu.
756. L'opinione di Mirabeau sulla natura del dritto di testare è riprodotta innanzi al consiglio di Stato. — Errore del Sig. Tronchet e risposta del Sig. Portalis.
757. Bisogna allontanare la distinzione, che tende a considerare la legittima come di dritto naturale e la quantità come di puro dritto civile.
758. Divergenza dei pareri nel consiglio di Stato circa la fissazione della quota disponibile. — Gli uni vogliono estendere su questo punto il potere del padre di famiglia.
759. Gli altri vogliono restringerlo.
760. Vedute elevate del primo console in questa materia.
761. Il console Cambacérès fa adottare un emendamento, che diviene l'art. 913 del Codice. — Giustificazione della gradazione introdotta da questo emendamento conformemente al sistema del dritto Romano.
762. Circa la fissazione della legittima del padre e della madre fu regolata senza difficoltà nell'art 915.
763. Seria discussione sulla legittima dei fratelli e sorelle. Le osservazioni del Tribunato riconducono il consiglio di Stato a lasciare su questo punto ogni libertà alla facoltà di disporre.
764. Della riserva a favore della vedova in dritto Romano.
765. Errore del Sig. Treilhard relativamente alla riserva del coniuge sopravvivente sotto del Codice.
766. La riserva è considerata come un debito nel nostro dritto attuale.
767. La riserva legale forma sola l'eredità — Massima di Dumoulin applicata dal Codice.
768. Nel dritto consuetudinario la legittima era *portio portionis*. — Sotto del Codice essa è *portio hereditatis*. — Rinvio.
769. Perchè l'art. 913 si occupa da prima di regolare la legittima attribuita ai figli.
770. Diverse specie di figli tra'quali bisogna distinguere per calcolare la quota disponibile.
771. Dei figli naturali.
772. Continuazione.
773. Continuazione.
774. Continuazione. — 1ª *ipotesi*: — *Quid* nel caso, in cui il padre lascia un figlio naturale ed un legatario universale senz'altra famiglia?
775. 2ª *ipotesi*. — *Quid* se il defunto lascia dei fratel-

(a) L'articolo 829 delle Leggi civili si esprime nei termini, che sieguono: « Le liberalità tanto per atti tra « vivi, che per testamento non potranno oltrepassare la « metà dei beni del disponente, quando questi morendo « lasci figli, qualunque sia il numero dei medesimi. « L'altra metà sarà riserbata a vantaggio dei figli, e « formerà la loro legittima, su di cui il disponente non « potrà imporre vincolo o peso veruno. » *Il trad.*

Digitized by Google

COMENTARIO

737. Quando il padre di famiglia lascia degli ascendenti e de' discendenti, vi è una legge naturale, che non gli permette di esaurire in arbitrarie liberalità la totalità del suo patrimonio. La ragione, l' affezione, l'interesse della famiglia elevano la voce perchè assicuri a' suoi autori ed a' suoi figli una parte ragionevole de' suoi beni. Padrone di disporre di tutta la sua fortuna, quando è senz'ascendenti e senza discendenti, non è così libero, quando ne lascia a sè sopravviventi. La sovranità del proprietario è limitata dal suo debito verso dei suoi figli e gli autori de' suoi giorni (1). Vi è un bel testo del Giureconsulto Paolo per stabilire il dritto de' figli sulla immutabile base del dritto naturale : « *Cum ratio naturalis, « quasi lex quaedam tacita, liberis parentum « hereditatem addiceret, velut ad debitam « successionem eos vocando, propter quod et « in jure civili, suorum heredum nomen eis « indictum est.* » (2). Un altro testo di Papiniano non meno eloquente dà al dritto degli ascendenti il fondamento della pietà filiale (3).

Questo principio della riserva è stato saggiamente stabilito e ragionevolmente organizzato dal Codice Napoleone. Il legislatore aveva innanzi a lui il conflitto della legge romana e del dritto consuetudinario, la teoria egualitaria della legge de' 17 nevoso anno II, la teoria più ragionevole della legge de' 26 germinale anno VIII. Rigettando le esagerazioni, ha ammesso le regole più sagge, perfezionata la loro applicazione, e conciliato il dritto dei genitori con quegli degli eredi privilegiati, de' quali abbiamo parlato.

738. Questa porzione, che la legge loro assicura, era chiamata altre volte legittima (4). Il Codice Napoleone gli dà il nome di riserva. Quest'ultima parola è presa dal dritto consuetudinario, che con essa designava la porzione, che le consuetudini assicuravano agli eredi collaterali e diretti a fine di conservare nella famiglia i propri, (5) o beni ereditati. Queste riserve chiamate consuetudinarie, e fondate su di certe esigenze del dritto positivo, erano distinte dalla legittima, ch'era dovuta per la natura (6). Il Codice ha ritenuto la parola generica di riserva (7) piuttostochè la parola legittima, senzachè se ne possa dare una buona ragione. La parola legittima si trovava nella primitiva redazione (8), e la s'incontra sovente nelle discussioni. Sicchè s' è scomparsa in tempo della redazione diffinitiva, è in seguito di quegli azzardi del linguaggio, de' quali non bisogna preoccuparsi. Nondimeno è singolare, che il Codice, che conservava il dritto ad una legittima, ne abbia soppresso il nome, e che sopprimendo le riserve consuetudinarie, ne abbia conservato il nome (9) (a).

Checchè ne sia, la riserva forma nelle mani

(1) *Sopra*, n.i 19 e 28.
(2) L. 7, D., *De bonis damnat.*
(3) L. 15, D., *De inoffic. testam.*
(4) Orleans, 274. L. 28, C., *De inoffic. testam.* L. 30 e 39, C., *eod.*
(5) Lebrun, lib 2. cap. 4. *Delle riserve consuetudinarie.* Il Sig. Bigot, in Fenet, t. XII, p 251. Parigi, 280. Orleans, 292. *Infra.* n. 740.
(6) Lebrun, *luoc. cit.* Merlino, I, 1, 6, *Quoddam naturale debitum.*
(7) Art. 915, 917, 921.
(8) Fenet, t. XII, p. 299.
(9) Ginouilhac, *Rivista straniera.*, 1846, t. III, p. 444, 445.
(a) Abbiamo veduto nella nota alla pagina precedente, che nell'articolo 829 delle nostre Leggi civili si usa la parola *legittima.* Però negli artic. 831 ed 838 si usa la parola *riserva.* *Il traduttore.*

del padre di famiglia una proprietà indisponibile a titolo gratuito (1) per opposizione alla quota disponibile, di cui ha la libera disposizione. Questa proprietà inalienabile a titolo gratuito (2) è stata talvolta comparata alle cose sacre (3); comparazione, che ha del vero per quanto le cose del dritto civile possono essere comparate alle cose di dritto pubblico.

739. Per bene penetrare nello spirito del Codice Napoleone è indispensabile di percorrere gli antecedenti di questa parte del nostro dritto. Questo quadro, per quanto rapido sia, getterà una gran luce su disposizioni, che sono tuttavia differentemente interpretate.

Secondo i rigori del dritto romano primitivo, il potere de'padri su'loro figli era eccessivo. « *Ius autem potestatis, quod in liberos* « *habemus, proprium est civium romanorum.* « *Nulli enim alii sunt homines, qui talem in* « *liberos habeant potestatem, qualem nos* « *habemus* (4). » Padrone di fare morire e di vendere i suoi figli, il padre di famiglia poteva per conseguenza diredarli senza motivo, e la legge delle Dodici Tavole gliene riconosceva formalmente il dritto. Era il dispotismo organizzato nella famiglia, dispotismo inesorabile ed inflessibile, che bene si accomodava al carattere feroce di Bruto carnefice de' suoi figli.

In prosieguo il rigore del potere paterno si rallentò, e da un potere tirannico e crudele, che prima era, divenne un potere di affezione (5); de' più dolci costumi fecero avvertire, essere contrario a' sentimenti della natura il privare i figli, senza un giusto motivo, d'una porzione del patrimonio paterno, proprio ad assicurare la loro esistenza (6). Per lo che si permise a'figli, ch'erano stati preteriti o obliati nel testamento del loro padre, ed a quelli, ch'erano stati ingiustamente diredati, di provvedersi contro di questo testamento con un'azione, che si chiamò ammirabilmente *doglianza d' inofficiosità* (7). Si considerò, che in questo caso il testamento era inutile, e che il padre, che aveva disposto de' suoi beni senza pensare a' suoi figli, non aveva goduto d'una sufficiente ragione; si chiamò l'azione data ai figli *querela* o *doglianza d'inofficiosità*, come per fare conoscere, che il testatore aveva obliato i doveri della natura, e che una specie di furore l'aveva irritato contro del suo proprio sangue (8). Per lo che fu assolutamente necessario ad un testatore d'instituire i suoi figli o diredarli per una giusta causa. « *Prospicere* « *lex voluit liberis*, dice Vinnio, *nec distin-* « *xit inter sexum, aut gradum, inter suos, aut* « *emancipatos, eosve qui nunquam in pote-* « *state fuerunt, inter natos aut nascituros,* « *modo in suo ordine nemo eos gradu supe-* « *ret. Quod his a lege tribuitur, est, ut aut* « *instituantur aut juste exheredentur* (9) ».

Per la validità dell'instituzione non bastava, che il figlio ricevesse la sua porzione a un titolo qualunque, come di donazione, di legato, di fedecommesso (10), ma bisognava, che la ricevesse col titolo onorevole d'istituzione. Per verità secondo l'antico dritto, colui, che aveva ricevuto la sua quarta, a qualsivoglia titolo fosse, era escluso dalla querela d'inofficiosità. Ma questo fu corretto da Giustiniano (11) che volle formalmente, che il figlio fosse istituito.

Quando il padre voleva armarsi dell'arme terribile della diredazione, doveva diredare nominalmente (*nominatim*) coloro, ch'erano incorsi nella sua disgrazia, e doveva fare conoscere i suoi motivi. Prima di Giustiniano le cause della diredazione non erano precisate, e dipendevano *ex arbitrio boni viri* (12).

Se il testatore si fondava sopra cause ingiuste, o se passava i suoi figli sotto silenzio, il suo testamento era inutile; *irritum*.

740. Giustiniano apportò qualche modificazione a tutto questo (13). Dapprima non volle, che il testamento fosse dichiarato nullo, quando il padre non aveva lasciato la intiera legittima a' figli, ma riserbò solamente a costoro pel supplimento della legittima un'azione, che non attentava per nulla al testamento (14). Nè questo è tutto. Altre volte la ingiusta diredazione annullava il testamento per lo intiero; l'Imperatore volle, che fosse soltanto nulla la istituzione, e che i legati conservassero tutta la loro efficacia. Di più fece delle notevoli addizioni al dritto precedente; 1° ordinando, che la legittima a' figli sarebbe lasciata franca libera ed esente da ogni peso termine o condizione; 2° regolando con la novella 115 la giuste cause che potevano rendere la diredazione legittima (15).

(1) Lebrun, 2, 3, 12, n. 10.
(2) Id., *eod.*
(3) Id., n. 10.
(4) Insit. de Giustiniano, *De patria potest.*
(5) L. 5, D., *De leg. pomp. de parricidio*. L. 1, § 2, D., *De his qui sui vel alien.* L. 1, C., *De patribus qui filio.*
(6) V. il bel testo di Paolo, l. 7, *De bonis damnat.*
(7) Si ha molto impegno di sapere chi fu il primo autore della legge sull'inofficiosità (vedi Cujacio, *Osserv.* lib. 3, cap. 7; Ricard, *De donat.*, n. 837 e seg.) È probabile, che la giurisprudenza l'introdusse, e che fece considerare il testatore come *mente captus*. Di già dal tempo di Cicerone questo dritto era in vigore. *De orat.*, 1, 38, 57. *In Verrem*, 1, 42. *Valer. Max.*, VII, 7, 1.
(8) L. 2, D., *De inoffic. testam.* Instit., *De inoffic. testam.* Paolo, *Sent.* 3. 5, 1.
(9) *Partit. juris*, 1, 35.
(10) Doneau, VI, *Comm.* 12, 2.
(11) Novella, 12, 3, 5.
(12) Vinnio, *loc. cit.*, 1, 35.
(13) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 182, n. 10, 11, 12 e segu.
(14) *Infra*, n. 876.
(15) Sono dettagliati ne' seguenti versi:

Filius exhores esto: 1. si verbere patrem
Laeserit; 2. Aut verbis si violentus erit;
3. Criminis accuset si coram plebe parentem;
4. Misceat aut turpi dira veneno manu,

741. I figli ebbero dunque una porzione assicurata ne' beni del padre loro, ed era loro dovuta pel solo effetto della legge e non nella qualità di eredi, ma in qualità di figli in virtù di una specie di credito (*debitum bonorum subsidium*) (1) Di sortechè la legittima era considerata non come una porzione dell' eredità, ma come una prelibazione dell'eredità, distaccata di pieno dritto da' beni del testatore per essere attribuita a' legittimari anche contro la sua volontà (2).

742. La novella 18 (3) regolò la legittima de' figli secondo il loro numero. Se vi erano quattro figli o al di sotto, dovevano avere essi soli il terzo de' beni del padre. Se vi erano più di quattro figli la loro legittima era la metà dei beni del padre da dividersi tra loro (4). Il padre aveva la libera disposizione de' beni, che formavano il soprappiù di quel, ch' era attribuito a' figli; potevano trasmettere questo soprappiù a chi loro piaceva, e questa quota disponibile formava la successione (5).

Del resto non obliamo di dire, che prima di Giustiniano la parte riservata era del quarto di ciò, che i figli avrebbero avuto *ab intestato* (6). Questo quarto è chiamato falcidia in qualche testo de' Codice Teodosiano (7) e del Codice Giustiniano (8); più spesso *portio legittima* (9). Quale fu la legge che regolò questa porzione legittima? S' ignora Cujacio suppone, che fù una legge Glicia, di cui Cajo ha dato il commentario (10). Però questa è una ingegnosa congettura.

Checchè ne sia si vede, che Giustiniano cambiò questo sistema di un quarto uniformemente dato in tutt' i casi, e per un progresso favorevole a' figli graduò la legittima sul loro numero, e la portò ad una tassa più elevata. Qui si riconosce la salutare influenza delle idee del cristianesimo.

Da un altro lato il sistema di Giustiniano ebbe questo rimarchevole risultamento, che la legittima non fu più come per lo innanzi un assegnamento personale, regolato sulla parte, che ogni figlio avrebbe avuto *ab intestato*, ma una quota di beni presi collettivamente ed in massa: non *portio portionis, sed quota bonorium;* il che era molto differente per la ragione, che nel sistema di Giustiniano la parte dei rinunzianti si accresceva agli altri figli, mentre che nel sistema precedente essa si accresceva all'erede instituito (11).

743. Se i padri hanno de' doveri da adempiere verso i loro figli, una giusta reciprocanza, fondata sulle leggi immutabili della natura, obbliga i figli a dare agli autori de' loro giorni l' appoggio e l' assistenza officiosa, di cui possono avere bisogno. « *Turbato ordine* « *mortalitatis, pietas et commiseratio idem* « *officium liberis erga parentes injungit. Pro-* « *inde et parentes a liberis instituendi sunt,* « *aut nominatim exheredandi.* » Così si esprime Vinnio (12). Nondimeno è vero il dire, essere quest' obbligazione meno estesa sotto il rapporto dell' ordine sociale di quella del padre e della madre. E la ragione si è, che la sorte degli ascendenti è più indipendente dalla fortuna de' loro figli, di quel che lo stato dei figli lo è dalla porzione, che otterranno nei beni del loro padre e della loro madre. Ma siccome questo dovere de' figli è del pari per principio fondato su di un potente ordine di affezione, le leggi romane, e specialmente la novella 115 cap. 4 avevano voluto, che il figlio di famiglia, che morisse senza figli, e che lasciasse suo padre, sua madre, o in loro mancanza altri ascendenti, sarebbe obbligato per la validità del suo testamento d' instituirli eredi, nè potesse diredarli, che per otto cause determinate (13). Gli ascendenti avevano dunque dritto ad una legittima, e questa legittima era del terzo de' beni, che componevano la successione (14). La ricevevano non come eredi ma come ascendenti, e se prendevano puramente e semplicemente non altro, che la loro legittima, non erano considerati eredi.

3. Divitiis dederit si damnum grande parentis;
 6. Nec curam haud sana mente parentis agat;
7. Inter colluviem si gaudeat ira malorum;
 8. Aut patrium vetito scandat amore torum,
9. Si pro patre fidem non interponat; 10. Eumdem
 A truce nec variis liberet hoste modis;
11. Si vetet auctorem testari sanguinis; 12. Adsit
 Si levibus mimis, quos vel arena juvat;
13. A sanctis veterum si degeneraverit aris;
 14. Filia, si quaestum corpore spreta facit
 (Hilliger su Donneau, lib. 6, cap. 12, nota 12).

(1) L. 3, C., *De inoff. donat.*
(2) Novella 18, cap. 3. Furgole, X, 2, 39. Merlino, I, 1, 2.
(3) Capitolo I.
(4) *Infra*, n. 760.
(5) *Vedi* Doneau, VI, 2, 12. Vinnio, suo abreviatore, *Partit. juris*, 1, 35.
(6) Instit., *de inoffic. testam.*, §. 3. L. 8, § 8, D., *De inoffic. testam.*
(7) 16, 7, 28.
(8) L. 5, § 3, C., *Ad legem Juliam majest.* (Arcad. ed Onor.).
(9) L. 28, D., *De inoffic. testam.* L. 30, 31, C., *eod.*
(10) L. 4, D., *De inoffic. testam.*
(11) Furgole, VIII, 2, 144, 148. *Infra*, n. 776.
(12) *Partit. juris*, 1, 35. Vedi Doneau, VI, 14.
(13) Contenute ne' seguenti versi:

1. Si capitis natum pater accusaverit. 2. Ejus
 Aut vitam insidias clamve palamve struat.
3. Si vetuit cupidum secreta novissima mentis
 Prodere. 4. Nec veritas sit temerare aurum.
5. Si pater et genitrix sibi fata scelesta minentur.
 6. Fulcra nec ad nati clausa furentis eant.
7. Filius auxilio si non patris hostica linquit
 Limina. 8. Si genitor numen inane colat.
 (Hilliger su Donneau, lib. 6, cap. 14, nota 3.
 Aggiungi, Furgole, VIII, 2.)

(14) *Infra*, n. 783.

744 Circa i fratelli le sorelle e gli altri collaterali le leggi romane non accordavano loro legittima (1). Vi era una sola eccezione a questo principio, ed era, quando un fratello istituiva una persona infame; allora l'altro suo fratello aveva una legittima sulla di lui successione, e vi erano pure quattro cause, che potevano escludere anche in questo caso il fratello preterito: 1° l'ingratitudine, che l'instituito poteva loro opporre; 2° se l'istituito era uno schiavo erede necessario; 3° se il fratello preterito era esso stesso un infame come l'erede istituito; 4° se aveva ricevuto per diverso titolo la porzione legittima (2). Ma questo caso era unico, ed in tutti gli altri non fu giammai quistione presso i Romani di stabilire una legittima in linea collaterale.

745. L'ultimo stato della giurisprudenza romana faceva legge ne' paesi di dritto scritto tanto relativamente agli ascendenti, che n' discendenti, ed a' collaterali. Il potere del testatore vi era limitato alla disponibilità di una certa quantità de' suoi beni; l'altra parte trovavasi naturalmente devoluta *ipso jure* ed anche malgrado ogni volontà contraria del testatore a certe persone, che i dritti del sangue rendevano privilegiate. Le donazioni inofficiose, che non lasciavano la legittima intatta, potevano essere ridotte come le istituzioni inofficiose, e si provvedeva per mezzo dell'azione di riduzione, affinchè le disposizioni gratuite non potessero attentare a questa porzione sacra, che la natura riservava a' legittimari. Se non che quest' azione di riduzione non fu mai estesa alle alienazioni a titolo oneroso nè dalle leggi romane nè dalla giurisprudenza de'paesi di dritto scritto (3). E la ragione si comprende, dapoichè applicandosi alla liberalità inofficiosa l'azione di riduzione, si rimaneva nella massima così giusta: *nemo liberalis nisi liberatus*; ma l'esistenza di un debito non vieta il commercio della vita, il cambio e la vendita de' beni; senza di che gli affari sarebbero paralizzati.

746. Ne' paesi di consuetudine le legittime, benchè nate dal dritto scritto, e di buon' ora ricevute per una specie d'imitazione della querela inofficiosa (4), erano considerate sotto un aspetto diverso dal dritto romano. Dappoichè la legittima era ciò, che formava l'eredità del defunto, ed in quanto alla porzione disponibile altro non era, che una deduzione della successione; di sortechè si aveva per massima costante, che niuno poteva reclamare la legittima senz' essere erede: *Non habet legitimam, nisi qui heres est* (5). E molte consuetudini avevano su questo punto de' testi positivi (6).

747. Questa differenza nella maniera di considerare la riserva si legava ai differenti principi intorno alle successioni (7).

Nel dritto romano la volontà degli uomini faceva gli eredi. Da principio il padre poteva escludere i figli dalla sua successione, scegliendo i suoi eredi. Più tardi non si volle, che il sistema delle legittime, che s' introdusse, privasse il padre di famiglia del dritto di scegliere un erede. Per lo che si considerò come unico successore colui, che veniva istituito nella porzione disponibile, ed il figlio fu semplicemente considerato come creditore della successione per la sua legittima.

Per lo contrario nelle consuetudini la legge faceva gli eredi e non la volontà degli uomini. Le instituzioni di erede non erano considerate, che come dei legati, validi sino alla concorrenza della porzione disponibile. L'erede del sangue era impossessato dalla legge; i legatari, gl'istituiti gli doveano dimandare il rilascio. La riserva era dunque realmente una porzione dell' eredità, alla quale non si aveva dritto, che in qualità di erede, e l'azione di riduzione delle donazioni eccessive era una specie di azione di petizione di eredità.

La riserva dovuta ai figli variava secondo le consuetudini, perocchè nella determinazione di questo dritto vi è molto di arbitrario. Se in quanto al suo principio si basa sulla natura, è abbandonato alla savia valutazione del legislatore in quanto alla quantità. Dumoulin, che scriveva prima della riforma della consuetudine di Parigi, attesta la varietà degli usi locali a tal riguardo, e rinvia alla loro osservanza (8). Si seguiva molto generalmente in mancanza d' altra regola, la novella 18.

Più tardi si giunse a maggiore precisione. Nella più parte delle consuetudini la riserva era la metà della parte o porzione, che ciascun figlio avrebbe avuto nella successione di suo padre e di sua madre, se fossero morti *ab intestato*.

Tal era la disposizione delle consuetudini di Parigi (9), che formava il dritto comune del regno (10) Nè aveva essa adottata la scala graduale secondo il numero dei figli, come faceva il dritto romano. Formava invece una legittima uniforme, che imitando ciò, che si sarebbe fatto, se il padre non avesse disposto, era più forte, quando vi erano meno figli, e meno

(1) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 190, *De inoffic. testam.*
(2) V. Doneau, VI, 15. Vinnio, *Partit. juris*, 1, 36.
(3) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 198, n. 54. Voet, 5, 2, 41.
(4) Beaumanoir, cap. 12.
(5) V. su di ciò Dumoulin, citato *infra*, n. 759. Una dissertazione di Lebrun, *Successioni*, 2, 3, 1, 9. Ricard, *Donazioni*, 3, 978. Pothier, *Donazioni*. 3, 5, 91. Coquille *sul Nivernese*, delle *Donazioni*, art. 7.
(6) Chartres, art. 82. Montargis, t. 2, art. 10.
(7) Toullier, 5, 107.
(8) *Sopra Parigi*, art. 93, n. 5.
(9) Art 298. Aggiungi Orleans, 274.
(10) Lebrun, *Successioni*, 2, 3, 3, 5 e seguenti. *Contra* Ferrieres, art. 298, n.i 18 e seguenti. Legrand *su Troyes*, art 95, glos. 2, n. 9.

Digitized by Google

forte, quando ve n'erano molti (1). Codesta determinazione alla metà procedeva da un' equa base, comechè si dava la metà al dritto di proprietà, la metà alla pietà filiale (2); la metà ai genitori, la metà ai figli, ed era un'associazione dei figli per metà nel patrimonio della famiglia.

In altre, come in quella di Borgogna, la riserva era il terzo di tutti i beni senza distinzione da dividersi tra tutti i figli: a Tours il padre non poteva disporre, che dei suoi mobili e della metà dell' usufrutto dei suoi acquisti, ed il resto era devoluto ai figli a titolo di legittima. Da ultimo in molte consuetudini la legittima non era regolata, onde seguivasi il dritto scritto ovvero la consuetudine di Parigi nelle consuetudini, che non avevano alcuna relazione col dritto scritto (3).

748. Aggiungiamo, che nei paesi di consuetudine come in quelli di dritto scritto la podestà paterna era armata del potere di diredare per certe cause determinate (4), e che il figlio poteva anche essere privato della riserva per un atto di rigore di suo padre o di sua madre.

749. Gli ascendenti non avevano dritto ad alcuna legittima nei paesi di consuetudiae. Vi si osservava la massima, che i propri non risalgono,ed in quanto ai mobili ed agli acquisti immobili i figli potevano disporne senza lasciare nulla ai loro ascendenti. Gli autori consuetudinari hanno cercato di dare la ragione di questa legislazione straordinaria, ma non vi è un solo dei loro motivi, che possa reggere ad un serio esame (5).

750. Relativamente ai collaterali le consuetudini erano state più favorevoli, imperciocchè non ve n'era quasi alcuna, in cui non vi fossero delle riserve consuetudinarie pei collaterali più lontani. Siccome in questa parte della Francia si faceva una distinzione tra i propri e gli acquisti, queste legittime collaterali erano state stabilite per non fare ascire i propri dalle famiglie (6).

Il proprietario non poteva in generale disporre per testamento che del quinto dei suoi propri (7); gli altri quinti erano colpiti d'indisponibilità, come se la terra propria,ereditata, fosse una proprietà della intiera famiglia, come se il proprietario non ne fosse, che un depositario, un fedecommessario (8). Però bisogna notare, che la consuetudine serbava i quattro quinti solamente all'erede del lato e della linea, d'onde i propri procedevano. E se non vi erano eredi della linea i propri erano così disponibili come gli acquisti (9).

Si scorge, che questa riserva derivava da un principio tutto diverso da quello, da cui derivava la legittima. Questa era fondata sul dritto naturale e l'affezione (10), quella su di uno spirito di conservazione,una necessità politica(11). Per lo che è svanita con l' ordine politico, cui era ligata, e la giurisprudenza se n' è sbarazzata, mentre pel contrario la legittima è stata mantenuta e fortificata dal Codice Napoleone.

751. Rimarcheremo al dippiù su queste riserve consuetudinarie, che vi era una importante distinzione tra le donazioni tra vivi ed i testamenti.

Si poteva disporre di tutti i propri beni di qualsivoglia natura per donazione tra vivi, come si avrebbe potuto farlo per alienazione a titolo oneroso salva la legittima di dritto.Le consuetudini sapevano, che le donazioni erano vedute con avversione, essendo l' uomo poco inclinato a spogliarsi irrevocabilmente in vita,ed a preferirsi un donatario. Laonde rispettando la facoltà di donare, che è una delle conseguenze della proprietà, se ne riportarono alle idee ricevute, alle ripugnanze naturali ed anche all' egoismo dell' uomo per prevenire l' abuso delle generosità immoderate. In una parola consacrarono il dritto, ben prevedendo, che raramente se ne sarebbe fatto uso.

Epperò unicamente per rapporto ai testamenti ed alle altre disposizioni a causa di morte i propri erano protetti dalle riserve consuetudinarie. Le consuetudini avevano saviamente compreso, che l' uomo moribondo e vicino a distaccarsi dalle cose di qui basso, è meno trattenuto dagl' interessi personali, che stanno per abbandonarlo. Per lo che temettero, che il testatore non fosse troppo generoso relativamente alle cose, che non poteva più conservare, e che non spogliasse gli eredi del sangue di quei fondi preziosi, che avevano natura di propri, o la cui conservazione importava alla famiglia (12).

752. Tal'era nel momento della rivoluzione francese nel 1789 il dritto, che divideva la Francia, e quali si fossero le sue diversità, aveva cercato così nella Francia consuetudinaria, che nella Francia di dritto scritto di conciliare l'autorità paterna col dritto dei figli. Certamente potevasi perfezionarlo e renderlo uniforme, e questo era il voto delle menti sagge, ma le stravaganze egualitarie del regno

(1) Lebrun, *luog. cit.*, n. 10.
(2) Mallevil le (Feoel, t. XII, p. 309).
(3) Ricard, *Donazioni*, 3, 86, e.l 1013 e 1014. Argou, t. I, p. 326.
(4) *Sopra*, n. 710. Merlin, Repert., v. *Diredazione*, §§ 2 e 3.
(5) Furgole, *Test.*, VIII, 2. Argou, t. I, p. 323. Ricard, *Donazione*, n. 1019 e seguenti. Lebrun, *Successioni*, 1, 5, 8, 28, Merlin, Repert., v. *Legittima*.
(6) *Sopra*, n. 728.
(7) Parigi, art. 280. Orleans, 292.
(8) V. Lebrun, *Success.*, 2, 4. Merlin, Repert., v. *Riserve consuetudinarie*.
(9) Pothier, *su Orleans*, t. XVI, n. 53.
(10) Chartres, art. 88, Dreux, art. 76.
(11) Grenier, t. IV, n. 552.
(12) Argou, t. I, p. 253. Toullier, t. V, n. 101.

Digitized by Google

della convenzione lo rovesciarono, ed in pari tempo prepararono al potere domestico dei padri il più funesto colpo. Dapoichè non si rimase contento di privare i genitori del dritto di diredazione, che aveva generato qualche abuso, ed al quale la natura ha pena di dare la mano (1). Si andò più lontano, e la legge del 7 novembre anno II non permise veruna disposizione a favore dei figli, riducendo la quota disponibile a favore degli estranei al sesto, se non vi erano, che dei collaterali, ed al decimo, se vi erano degli eredi in linea diretta, dei figli o degli ascendenti. « La distruzione, diceva il signor Tronchet, di ogni autorità paterna era l'abuso dell'immaginazione, riscaldata da una brillante teoria di metafisica, « una eguaglianza ingiusta, che interdireva « ogni soccorso per un figlio disgraziato o colpito dall'incostanza della fortuna » (2). Questo giudizio non è troppo severo. Però il signor Tronchet non aveva mediocremente contribuito a dar del credito a questa tesi di metafisica, che avevan traviati gli animi (3), e probabilmente la chiama brillante per l'amor proprio di un autore, perocchè essa è secca, egoista, materialista ed insostenibile agli occhi del buon senso (4). Forse egli stesso non tentò di provare all'assemblea costituente in un linguaggio meno eloquente di quello di Mirabeau ma del pari contrario all'istoria ed alla ragione, che la proprietà, la successione, il testamento, non riposavano, che su di una convenzione sociale? (5) Forse non fu egli, che perseverante discepolo di Rousseau, ebbe il coraggio di pretendere nella discussione del Codice Napoleone (6) (come l'aveva fatto già Robespierre) (7) « che il testamento non è una « sequela del dritto di proprietà; che questo « dritto non si estende al di là della vita; che « esso non può produrre il potere di disporre « per un tempo in cui il proprietario non esisterà più; che perciò la facoltà di testare non « è che un benefizio della legge civile? ». Ed egli si sorprende (oh inconseguenza dello spirito umano!) che una legge civile esca dalla mano del legislatore; audacemente logico, per neutralizzare o mutilare il dritto di testare?

753. Quando il consolato ebbe fatto brillare sulla Francia dei giorni migliori una legge del 4 germinale anno VIII venne a dare una sodisfazione all'opinione pubblica ed una riparazione ai principi sconosciuti dalla legge dell'anno II; la famiglia era colpita al cuore, l'autorità paterna era calpestata, il dritto di proprietà era violato ed oltraggiato. La legge dell'anno VIII volle restituire ai padri il dritto di ricompensare o di punire misuratamente, e di riparare tra i figli le ineguaglianze della natura o gl'ingiusti rigori della fortuna; volle ancora, che l'uomo rientrasse nel dritto di esercitare verso degli estranei degli atti di riconoscenza e di beneficenza, conseguenza naturale di proprietà. Epperò ristabilì la quota disponibile e la regolò della seguente maniera:

« Art. 1.° Tutte le liberalità, che saranno « fatte sia per atti tra vivi sia per atti di ultima volontà nelle forme legali, saranno valide, allorchè non eccederanno il quarto dei « beni del disponente, s'egli lascia alla sua « morte meno di quattro figli; il quinto se lascia quattro figli; il sesto se ne lascia cinque, « e così di seguito, contando sempre per determinare la porzione disponibile il numero « de' figli, più uno. »

« Art 5.° Le liberalità autorizzate dalla presente legge potranno esser fatte a favore dei « figli o di altri successibili senza essere soggette a collazione. »

754. Come si vede, questa legge abbandonava il sistema d'una legittima uniforme adottata dalle consuetudini, e dava la preferenza a una scala graduale conformemente al dritto romano, ma seguendo altre proporzioni.

Ed ecco come si può spiegarla: quando la famiglia si compone di tre figli o al di sopra, il padre viene considerato come formante con essi una società domestica, nella quale ciascuno ha la sua parte virile. Tre figli ed il padre compongono una società di quattro persone, ciascuna delle quali entra per un quarto nella proprietà. Laonde il padre potrà disporre del quarto, che rappresenta la sua porzione. Se vi sono quattro figli, la società si comporrà di cinque persone, ed il padre avrà un quinto disponibile. La quale progressione siegue un cammino sistematico al di là di quattro figli.

Ma se la famiglia non comprende, che uno o due figli, il legislatore retrocede innanzi la logica del suo sistema. L'eguaglianza individuale e per capi tra il padre ed i figli è abbandonata, ed il figlio unico, o i due figli riuniti hanno la maggiore quota, mentre il padre è riputato di avera soltanto un quarto libero e disponibile nel patrimonio comune. Se il legislatore avesse protratte sino al termine la conseguenze della sua idea madre, avrebbe creduto di armare il padre di famiglia di un potere troppo esteso; ed egli ha voluto risparmiare in parte i pregiudizi nati dalla rivoluzione, combattendoli nel fondo e sotto altri rapporti (8).

(1) Legge de'7 di Marzo 1793. Legge dei 9 fruttidoro anno II, art. 23. Merlin, Repert., v. *Diredazione*, § 8.

(2) Discussione del C. Nap. Fenet, t. XII, p. 305.

(3) *Sopra*, n. 30.

(4) *Sopra*, n. 29.

(5) *Sopra*, n. 30.

(6) Fenet, t. XII, p. 257.

(7) *Sopra*, n. 29.

(8) Il Sig. Tronchet lo ha rimarcato. (Fenet, t. XII, p. 303).

755. Tal'era lo stato delle cose nel momento della confezione del Codice Napoleone. Il Consiglio di stato, autore della legge de'4 germinale anno VIII (1), andava ad essere chiamato a rivedere l'opera propria.

La sezione di legislazione studiò accuratamente le combinazioni di questa legge come le leggi anteriori, che avevano governata la Francia, ed incaricò il Sig. Bigot di Préameneu di fare il rapporto delle sue proposizioni alla seduta del Consiglio di Stato de'3o di Gennaro 1803 (2). Tale proposizione era un compieto abbandono della legge de'4 germinale anno VIII, e la Sezione dimandava di ritornare al sistema di una legittima uniforme, tratta dalle consuetudini, e modificandone soltanto la quantità.

Nel suo rapporto il Sig. Bigot de Preameneu stabilì tre punti (3):

1.° Il dritto de' figli ad una legittima per dritto naturale (4).

2.° Il dritto minore degli ascendenti ad una legittima, fondato sul dovere filiale (5).

3.° Il dritto de' Fratelli e delle Sorelle ad una riserva, emergente dalla necessità di ordine pubblico di mantenere nelle famiglie de'legami di amicizia, delle cause di ravvicinamento, de' stretti rapporti (6); riserva, che portava del resto un carattere particolare, non solamente nella sua causa, ma anche nel suo esercizio. Comechè non aveva la sanzione di un'azione di riduzione relativamente agli estranei, che avevano ricevuto delle donazioni tra vivi.

Da un altro lato la sezione proponeva di fissare la legittima in un modo assoluto ed uniforme, cioè: a tre quarti in favore de'figli.

Alla metà a favore degli ascendenti.

Ad un quarto a favore de' fratelli e delle sorelle. Si abbandonava l' idea madre del dritto romano per quella delle consuetudini.

756. Siccome tutti erano di accordo sulla necessità di stabilire una legittima, almeno in favore dei discendenti, era ben inutile di ritornare sulla quistione relativa al dritto di testare (7); quistione tanto più oziosa, quantochè i maggiori partegziani di questo dritto riconoscono, che malgrado tutta la sua forza e la sua autorità, è obbligato di conciliarsi col dritto non meno sacro dei figli sui beni del padre. Imperocchè il padre nel dare la vita contrae la stretta obbligazione di assicurarne la esistenza per tutti i mezzi, che sono in suo potere (8). Epperò era del tutto fuori proposito, che il signor Berlier venisse a ricordare, come per approvarla (9), l' opinione di Mirabeau, che abbiamo più sopra confutata (10), e che non cesseremo di dichiarare falsa, illiberale, contraria al dritto di proprietà, e per conseguenza alla libertà dell' uomo.

Il signor Tronchet era presente, nè era libero su questa quistione. Le reminiscenze richiamate dal signor Berlier gli ricordavano uno dei suoi discorsi, più rimarcati nell'assemblea costituente(11). I pregiudizi di scuola, accreditati nel decimottavo secolo, una falsa filosofia sulla teoria del dritto di proprietà, una credenza inconsiderata alla teoria del contratto sociale (12) mantenevano nell'animo di questo giureconsulto degli errori simili a quelli di Mirabeau. Il risentimento gli aveva fatto nascere presso il grande oratore; degli studi incompleti e delle cattive tradizioni ne facevano per Tronchet un dogma incontrastabile. Per lo che scusiamolo di avere detto dopo Berlier: « che « per lui la facoltà di disporre per testamento « non era come la facoltà di disporre tra vivi « una conseguenza del dritto di proprietà. Que« sto dritto non si estende al di là della vita, « epperò non può produrre il potere di dispor« re per un tempo, in cui il proprietario non « esisterà più. Che perciò la facoltà di testare « non è, che un beneficio de'la legge civile, « che a tal riguardo aggiunge alla legge na« turale (13).» Sì, scusiamolo a causa del suo secolo, a causa della pessima metafisica, che dei filosofi maggiori di lui (14) avevano introdotto su questa quistione(15). Ma diciamo nonpertanto nello scusarlo, che quando si pensa, che la costituzione della famiglia e della proprietà sono state in balia di tali aberrazioni, si trema su ciò, che avrebbe potuto avvenire, se il signor Tronchet ed altri della sua scuola, conseguenti con se stessi, come l' era stato il legislatore rivoluzionario dell' anno II, avessero fatto penetrare nel Codice civile della Francia i deplorabili corollari della loro assurda teoria (a). Avventuratamente avevano eglino messo mano agli affari, ed i grandi insegnamenti

(1) Tronchet (Fenet, t. XII, p. 301).
(2) Fenet, t. XII, p. 214.
(3) Fenet, luoc. cit
(4) Fenet, luoc. cit., p. 251.
(5) Fenet, luoc. cit, p. 248.
(6) Fenet, t. XII, p. 252.
(7) *Sopra*. n.i 12 e seguenti.
(8) *Sopra*, n.i 19, 28. L. 7, D, *De bonis damnat.*
(9) Fenet, t. XII, p. 256.
(10) *Sopra*, n. 25.
(11) *Sopra*, n.i 30 e seguenti.
(12) *Sopra*, n.i 30, 31 e 32.
(13) Fenet, t. XII, p. 157.
(14) *Sopra*, n. 12, ove ricordo, che Montesquieu ha adottato senza esame questa così falsa teoria, che vede ne'testamenti una creazione del dritto civile, ed ha trascinato per la sua grande autorità quasi tutti coloro, che l'hanno trattata nella fine del decimottavo secolo o nel cominciare del decimonono.

(15) Testimone la legge dell' anno II, la quale non è che una applicazione della dottrina di Robespierre, contro del testamento *Sopra*, n 20.

(a) Nella nota alla pag 19 crediamo di avere dimostrato, che la facoltà di testare non è un così essenziale attributo della proprietà, che negandosi a quella facoltà l'origine naturale, venga pure a sconoscersi per una necessaria conseguenza l'origine naturale della stessa proprietà. Questa può esistere, ed è esistita senza di

della pratica correggevano con l' impero dei fatti l' impero dell' dottrine. Il signor Tronchet era un uomo di esperienza e molto misurato. I fatti sociali, le necessità pratiche, gl' interni lumi della conscienza e della morale, più vivi dei bagliori di una filosofia improntata, lo contenevano nei confini delle verità, che, per quanto si faccia, saranno sempre le regole delle società incivilite.

Avrei molte cose da dire sulla risposta del signor Portalis al signor Tronchet (1). Nondimeno questo Consigliere di stato ha il merito di non avere piegato il ginocchio dinanzi il falso idolo di Mirabeau giureconsulto, e di avere protestato contro le povertà metafisiche del signor Tronchet. « Il dritto di disporre, « egli diceva, nasce dal dritto di proprietà. Ora « colui, che dispone a causa di morte, dispone « durante la sua vita ed in un tempo, in cui è « proprietario(2). » Ecco la verità nella sua evidenza, nella sua forza, e semplicità (a). Dopo di così buone parole non impegnerò delle contestazioni col signor Portalis per dimostrare, che egli ha torto di dire « che le regole della « proprietà non bisogna cercarle nel dritto « naturale. » Siccome il dritto, al quale egli fa allusione, è il dritto selvaggio (3), così è chiaro, che egli ed io parliamo di due cose differenti, quando parliamo del dritto naturale. Il dritto naturale ai miei occhi è quello, che esprime i rapporti necessarî, che derivano dalla natura delle cose, nè chiamo dritto naturale lo stato selvaggio, che non è, che una depravazione della natura.

757. Ciò compreso, ed il dritto di disporre essendo fuori di dubbio, per lo meno riguardo ai figli, altro non restava, che di fissare l' estensione di questo dritto relativamente a loro.

Molti autori hanno preteso (4), e Montesquieu è del numero (5), che i genitori non debbono le proprie successioni ai loro figli, e che non debbono loro, che degli alimenti. Il che ha fatto dire, che se la legittima è di dritto naturale, la quantità è puramente di dritto civile. Vi è in ciò un notabile errore. Il padre deve a suo figlio piucchè degli alimenti; gli deve uno stabilimento, una fortuna, un avvenire; deve il suo patrimonio a colui, che giusta la bella idea del dritto romano, è la continuazione di sè stesso e della sua proprietà (6). La legittima non ha altro fondamento che questo, e la legge sarebbe fuori delle natura e dell' equità, se racchiudesse la riserva nei limiti di semplici alimenti. Ed il Consiglio di stato lo riconobbe senza stento a malgrado di qualche proposizione poco ortodossa, sfuggita nella discussione, e che non ho il tempo di rivelare (7). Per verità sarebbe stato deplorabile, che dei legislatori cristiani avessero sconosciuto delle verità naturali, apprezzate e proclamate da' giureconsulti pagani (8). Sarebbe stato tristo per un' opera così elaborata come il Codice Napoleone, di allontanarsi da una verità consacrata dal buon senso delle consuetudini, cioè che *la legittima è dovuta per dritto di natura* (9).

Ma da un' altra parte il padre non è in una posizione di uguaglianza relativamente ai suoi figli. Egli è il capo della famiglia; ne è la guida, il giudice, il rimuneratore, l' arbitro. Il suo potere deve avere una sanzione e dei mezzi di agire. Uno dei più efficaci e dei più salutari è nel dritto di disporre di una parte dei beni paterni per ricompensare, punire, eguagliare delle situazioni, che la natura o la fortuna hanno fatto ineguali, per mantenere l' equilibrio, o anche fare pendere la bilancia dalla parte ove la giustizia l'esige. Un potere, che non è armato di coazione, non è un potere. Da un' altra parte non è vietato d' intrattenere nel cuore dei figli delle speranze di rimunerazione o di equa distribuzione, fondata su di una buona condotta. Il che riconosceva Ulpiano, quando diceva con quel bello linguaggio delle leggi romane: « *Ne diminuatur spes,* « *quam unusquisque liberorum obsequio pa-* « *rat sibi* (10); » o ancora Papiniano, le cui parole sono riferite da Giustiniano (11): *Meritis filios ad paterna obsequia provocandos.* » L'interesse, che avvicina gli uomini, ed è, come l'ha detto Bossuet (12) uno dei legami della società, ha degli eccellenti lati, quando invece di dividere le famiglie forma un fascio dei loro membri. Da ultimo il padre è proprietario

quella; ed in effetti la facoltà di testare è molto meno antica della proprietà. Però senza derivarlo dal dritto di natura, il testamento può essere sotto le opportune limitazioni una istituzione utile e anche necessaria del Dritto civile per provvedere a do' rapporti sociali, che non debbono sfuggire alla considerazione del legislatore; e può anche legarsi al dritto di natura, non come una conseguenza del dritto di proprietà (perchè è logicamente impossibile di ritenere una proprietà dopo la morte, ed è giuridicamente impossibile di risguardare il testamento come una trasmissione della proprietà tra vivi) ma come la sanzione di un dovere morale nella persona dell'erede. *Il Trad.*

(1) Fenet, t. XII, p. 258.

(2) Fenet, *luog. cit.*

(a) Ma chi dispone a causa di morte, ritiene il dominio sinchè vive, ritiene pure la libera disposizione dell' oggetto, di cui ha testato, nè intende trasmetterlo, che dopo morto, ove non ne disponga altrimenti. Egli dunque non dispone quando vivo, ma quando è morto. *Il traduttore.*

(3) Fenet, *luog. cit.*

(4) Ricard, n. 921.

(5) Lib. 26, cap. 6.

(6) Giustiniano, *Instit. de haeredit. quae ab intest.:* « *Statim a morte parentis quasi continuatur dominium.* »

(7) Malleville approva l'errore di Montesquieu, p. 309.

(8) V. sopra le parole di Paolo, n. 127.

(9) Chartres, art. 88. Dreux, art. 76.

(10) L. 17, § 3, D., *De adopt.*

(11) L. 35, § 1, C., *De inoff. test.*

(12) Politica cavata dalla Scrittura, p. 13.

Digitized by Google

nello stretto senso della parola; il più spesso è stato il creatore e l'artefice della sua fortuna. Il perchè è giusto di lasciare al dritto di proprietà, rappresentato nel più alto grado nella sua persona, una sufficiente latitudine per dare corso a delle benefiche inclinazioni.

A questo dritto del padre la porzione disponibile deve soddisfare, e bisogna necessariamente tenerne conto, se non si vuole togliere alla famiglia il suo governo.

758. Ma la misura dipendendo qui da un'equa valutazione, il Consiglio di Stato si trovò abbandonato a della divergenze, che sono inerenti negli arbitramenti. I consiglieri di Stato del mezzogiorno, i signori Malleville (1) e Portalis (2) per esempio, trovavano, che il progetto non facesse abbastanza pe' padri, dando loro solamente la disposizione di un quarto; ricordavano l'antica giurisprudenza, che aveva lasciato a' padri la disposizione di almeno la metà de' suoi beni, ed esponevano, che in seguito di una rivoluzione, che aveva fatto tanti guasti nelle idee e ne' costumi, era il caso di rafforzare piuttosto le molle della podestà paterna, che d'indebolirle (3).

759. Altri consiglieri di Stato, che i loro antecedenti politici ligavano di vantaggio alla causa della rivoluzione, volevano per lo contrario, che il potere de' padri fosse racchiuso in limiti più stretti (4), non vedendo, come diceva il signor de Segur, che gli abusi di autorità da parte de' padri sono molto più rari dei traviamenti d'indipendenza da parte de' figli (5).

Tra questi parteggiani dell'emancipazione de' figli gli uni appoggiavano il progetto della sezione di legislazione (6); gli altri proponavano di serbare il sistema della legge de' 4 germiuale anno VIII (7).

760. In quanto al primo Console la sua mente era preoccupata da due idee: dapprima dal bisogno di non indebolire il dritto, che la natura ha confidato a' capi di ogni famiglia; dappoi dall'utilità di mettere qualche ostacolo alla troppo grande suddivisione delle modiche fortune; suddivisione, che mette un termine all'esistenza della famiglia, soprattutto quando trascina l'alienazione della casa paterna, che n'è, per così dire, il punto centrale (8). Quest'ultimo aspetto era nuovo, e vi si trova l'estensione delle vedute di Napoleone e la fecondità del suo ingegno. Vedeva egli nella porzione disponibile qualche cosa dippiù di un mezzo di governar la famiglia; vi vedeva inoltre un'arme per lottare contro l'infinita divisione della proprietà, per conservare almeno la casa paterna, onde riunire presso questo punto centrale i dispersi avanzi della famiglia.

Del resto codeste idee regnano nel mezzogiorno, le cui riminiscenze agivano certamente sull'animo di Napoleone. Sarebbe difficile di sradicarle, come pericoloso di combatterle.

761. In mezzo di questa interessante discussione il Console Cambacerés fece adottare un emendamento, che non era nè il progetto della sezione, nè la legge dell'anno VIII (9), ma che meno assoluto del primo, a graduando il dritto di disporre sul numero de' membri della famiglia, come il dritto romano, faceva la quota de' padri più larga in certi casi; che da un altro lato appigliandosi al sistema di gradazione della legge dell'anno VIII, era meno ristrettivo, e più favorevole all'eredità paterna.

Quest'emendamento è divenuto l'art. 913 del Codice Napoleone, e se ne comprende il contenuto. Se non vi sono, che uno due o tre figli, la famiglia, compreso il padre, sarà considerata come una comunione, nella quale il padre avrà la disposizione della sua parte virile de' beni, cioè la metà, se non vi è, che un figlio, il terzo, se ve ne sono due, il quarto, se ve ne sono tre. Questa è la conciliazione del dritto de' padri con la idea, che i figli sono in qualche modo comproprietari con lui. Si dirà forse, che la libera disposizione della metà è eccessiva? Ma è da credere, che raramente il padre farà uso di questo dritto, ed occorreranno de' molto gravi motivi per preferire un estraneo a quest'unico figlio; i quali motivi, se esistono, il figlio non avrà a dolersene, poichè è trattato come un consocio della famiglia.

Relativamente al caso, in cui vi sono due figli, ed in cui il padre può disporre di un terzo, ciò che vi è più da temere si è, che non raddoppi la porzione dell'uno in pregiudizio dell'altro, e non lasci due terzi a quello ed un terzo a questo. Però vi sono de' casi d'insubordinazione, d'incondotta, e di non meritati disastri, ne' quali tale ineguaglianza è comandata dalla giustizia. In tutti gli altri casi l'affezione del padre è un sicuro garante contro gli abusi, e si può confidare nella sua previgenza e sollecitudine. Infine se la famiglia è composta di tre figli, il quarto disponibile lasciato al padre non presenta nulla di esorbitante. È questa la legge della comunione applicata alla famiglia, ma sempre temperata dall'affezione paterna. Era la tassa della legge dell'anno VIII. L'antico dritto era ben più favorevole al potere paterno, e forse esso solo potrebbe far sentire della doglianze, se la tenerezza paterna potesse averne, quando si tratta di misure severe.

(1) Fenet, t. XII, p. 254, 306.
(2) Fenet, *luog. cit.*, p. 258, 312.
(3) Fenet, *luog. cit.*, p. 255.
(4) Tronchet, p. 258. Berlier, p. 256.
(5) Fenet, t. XII, p. 313.
(6) Berlier.
(7) Tronchet, p. 301. Boulay, p. 311.
(8) Fenet, t. XII, p. 313, 314.
(9) Fenet, t. XII, p. 260, 310 e 319.

Trattasi ora di una famiglia composta di quattro figli? Qui si arresta la gradazione, e l'articolo 913 non siegue la legge dell' anoo VIII oe'la sua scala sempre ascendeole, dapoichè ha compreso, che spiugendo in tutte le sue coosegueozo un principio di associazione, che ooo è d' una verità assoluta, ridurrebbe a nulla l' autorità dei padri, o le darebbe non altro, che noa virtù iosigoificaote. L' articolo 913 beo si accorda con la legge dell' aono VIII, quando la famiglia è di tre figli, ma al di sopra o al disotto di questo numero se ne separa per rendere più forte uo potere, che è il primo di tutti ed il fondameoto di tutti gli altri. Con ciò il Cod. Napoleone segnò il suo posto tra le leggi riparatrici dell'ordine sociale, e realizza i progressi, che la legge dell' aono VIII aveva permesso di sperare, ma che oon aveva osato di accordare agli nomini, amici dell' ordioe, della famiglia, e della proprietà.

Del resto si vede, che, meno la cifra, il Codice Napoleooe ha dato la preferenza al sistema del dritto Romano sol sistema del dritto consuetudinario; il primo graduato sul oumero dei figli, il secondo assoluto (a).

762. Dopo di avere regolata la porzione di-

(a) Nell' antico drillo patrio seguivansi intorno alla legittima le disposizioni del Drilto remano, e conseguentementa se vi erano quattro figli o meno, la legittima era di un terzo dell' eredità, ed era di una metà, quando vi erano più di quattra figli. (Nuvella 18 cap. 1). Però allo donne, escluse dalla successiona degli ascendenti, spettava in luogo della legittima il paraggio. L'una o l'altro convenivano in alcuni punti; in altri divergovano.

I punti di eoiocidenza erano :

1.° Che si l'uoo che l'altra erano doyuli in proprietà e senzo pesi.

2.° Cho l'uno è l'altra petevano domandarsi dal giorno della morte del testatore, ed orano produttivi d' interessi da questo di.

3.° Che il paraggio come la legittima cra dovuta alla donna, o che le piacesse di maritarsi o monacarsi, oppur nò. Dapoichè non l'era dato per maritarsi o monacarsi, ma come un dobito naturale della successione, del quale ella poi si avvaleva per maritarsi o monacarsi, ove lo avesse voluto.

4.° Che como la legittima il paraggio era dovuto alla donna anche dopo maritata senza dote, o con dote costituitalo da un estraneo, nel qual caso neppure nella quantità il paraggio differiva dalla legittima.

5.° Allo donno di Provincia dovevasi il paraggio così su' beni paterni che su' materni, come sarebbe stata dovuta loro la legittima.

Per l'apposto i punti di divergenza erano :

1.° A somiglianza del drilto romano la quantità della legittima era determinato dalla legge secondo il numero de' figli; il paraggio veniva costituito dal prudente arbitrio del Giudice, che nel determinarlo doveva avere riguardo alle sostanze del marito e della moglie, alla condizione di entrambi ed al numero de' figli.

2.° La quantità della legittima cra costante nel suo rapporto al numero de' figli, ma il paraggio della donna, cho voleva farsi monaca veniva regolata dalla consuetudine del Monistero, in cui entrava, e dalla dote, che le altre Monache avevano recata.

3.° La legittima dovevasi in beni stabili creditari, mentre il paraggio potova costituirsi a volontà dell' erede o in beni stabili o in danaro contante.

4.° La legittima dovevasi da' beni pateroi e materni, ma per la donne napoletane il paraggio era davuto sull' una o l' altra eredità, di talchè dotate di paraggio da una successione, non poteano dimandare più nulla sull' altra. (V. Aloj al Domat, part 2ª lib. 3° tit. 3° sez. 3ª o. VIII, oota 29).

Disputavasi se la danna maritata dal padre o dotata di paraggio, potesse dimandare un supplimento di paraggio nel caso in cui il patrimonio patereo si trovasse aumentato dopo il di lei matrimonio, e si decideva, che s' era stata decentemente collocata, non le spettasse aziono pel supplimento, (*Napodano in Cons. Si qua moriens*) e le spettasse nel caso opposto (Giuseppe de Rosa Cons. 6 n. 1).

Per ultimo se la figlia veniva preterita nel testamento paterno, non aveva azione per farlo annullare, giacchè mancava del dritto di succedere, ma poteva soltanto chiedere il paraggio. (*Napodano in Cons. Si moriotur* ni 89 o 90 V. Aloj. *luog. cit.*).

Messo presso di noi in vigore il Codice Napoleone seguimmo in quanto al disponibile le disposizioni di quel Codice, ma creatasi col Decreto de' 2 di agosto 1815 una Commessione per proporre i Codici della nuova legislazione, venne nell'intervallo emanata la legge de' 26 di gennaio 1816, pubblicata il 20 di febbroio seguente, l' art. 13 della quale è eosi conceputo :

« I figli succederanno al padre ed alla madre senza « distinziono di età, ed ancorchè siano procreati da di- « versi matrimool 1 mas hi nondimeno ad esclusione « dello fommine succederanno nella metà. Nell' altra « metà, che *do oro innanzi formerà la legittimo do- « vuta a' figli*, succederanoo a porziani uguali i maschi « stessi e le femmina, conferendo nell' eredità secondo « le regole stabilito per le collazioni le dunazioni a lo « dati, che avessero ricevuto. »

Questa legge regolando le successioni intestate, non poteva occuparsi della quota disponibile per mezzo di una disposizione principale. Se ne occupò perciò incidentalmente, ma disse quanto bastava, perchè sin d'allara vi fosse una legittima unifarme od indipendente dal numero de' figli, giacchè volle, che tutta l' eredità si dividesso in due quote uguali, una delle quali formasse la legittima dei figli, e l' altra per conseguenza rimanesse la quota disponibile.

Nella discussione, ch'ebbe luogo nella Camera di Grazia e Giustizia dell' abolito Supremo Consiglio di Cancelleria si presentavano in quanto al disponibilo tre diversi sistemi. La Novella 18 di giustiniano, che costituiva la nostra antica legislazione, il Cod. Napoleone, e la Legge transitoria dol 1816.

Si guardò dapprima la quistione sotto l' aspetto politico, e si disse, citando Montesquieu, che ne' tempi di rivoluziona si roveseia il potere de' genitori, e si favoriscono i giovani, perchè vieppiù si prestino alle oovità. Si guardò poi l' elemento storico, e si osservò, che presso di noi i dritti de' genitori non furono mai annullati, e cho perciò avvezzi alla legittima giustinianea, tenue di troppo sembrava la quota disponibile del Cod. Napoleone. Che bisognava estendere dippiù i dritti dei capi di famiglia, perchè così il buon ordine vi sarebbe stato restituito; si richiamerobbe meglio il rispetto e la subordinazione; ed i figli, i quali possono avere molto da sperare dalla beneficenza del cuore de' genitori, avrebbero sempre un incentivo maggiore a guadagnarsi la loro benevolonza co' lodevoli portamenti e col buon costume. Eviteranno tutto ciò, che possa amareggiare i giorni del vecchio padre, guardandosi d'incontrarne il disgusto. Ecco, si disse, il solenne vantaggio, che poteva derivare, ampliandosi un poco più la quota disponibile, e questo appunto era lo scopo salutare, che si aveva in mira per accrescerla sino alla metà, qualunque fosse il numero de' figli.

Tali furono i motivi, che determinarono la preferenza al sistema, già adottato dalla legge provvisoria del 1816, e che stava in mezzo a' due altri, alla Novella

Digitized by Google

sponibile relativamente ai figli, bisognava occuparsi della legittima del padre e della madre. Ninna difficoltà si elevò sul principio di questa legittima (1), e l'articolo proposto dalla Sezione si trasformò nell' articolo 915 in seguito delle osservazioni del Tribunato, della quali parleremo nel commentario di quest' articolo.

763. Più serie discussioni si eleveranno sulla legittima dei fratelli e delle sorelle (2).

La sezione di legislazione era partita da questa idea, che la distinzione dei propri e da gli acquisti, come le riserve consuetudinarie, che ne erano una conseguenza, essendo oramai incompatibile con lo stato dei nostri costumi e coa la nuova situazione formata alla proprietà, bisogna recare di rimpinzare per mezzo di altre combinazioni, più in armonia con le abitudini attuali, i vantaggi della conservazione, che queste riserve assicuravano alla famiglia (3).

Però molte obbiezioni si presentavano contra il sistema, che avava organizzato

Dapprima riconosceva, non essere dovuta una legittima di dritto ai fratelli ed alle sorelle, e basava unicamente questa riserva su motivi di utilità, di conservazione, di buona economia domestica. Ed in effetti i figli avendo fatto tra loro una divisione dal retaggio paterno, e ciascuno avendo preso la sua parte, l'uno non deve nulla all' altro. Senza di che non vi sarebbe più uguaglianza, e sarebbe aggiungere legittima a legittima il valore, che dopo di avere presa la propria legittima nel retaggio paterno, uno dei fratelli venisse a prenderne anche una seconda nei frammenti di questo retaggio. Che se l' uno dei fratelli ha fatto la sua fortuna con la sua industria particolare, è padrona della cosa sua, ed è una conseguenza necessaria del dritto di proprietà il potere disporre come crede (4). Nè potrebb'essere il contrario, se non quando vi fosse tra fratello e sorella il debito naturale, sul quale la legittima riposa. Ma esso non esiste (5); dunque bisogna ricorrere a delle considerazioni di pubblica utilità per dare una legittima nella linea collaterale, e non v' ha cosa, che sia più soggetta a controversia di queste considerazioni. Quale è il fine, che si ha in mira? Restringere i legami della famiglia. Ebbene, il miglior mezzo di pervenirvi non è quello di assicurare ai collaterali dei dritti, che li dispensano dai riguardi, dalle cure affettuose, dalle considerazioni vicendevoli (6).

In secondo luogo il progetto cadeva in gravi contradizioni, che Portalis rilevava con molta forza. Si permette ad un fratello di dare tutta la sua fortuna ad un estraneo, nè si è urtato dalla preferenza che un fratello accorda a degli estranei su' propri fratelli, e si è poi ferito dalla preferenza, che egli dà ad un fratello sull' altro; quale contradizione! quale ingiustizia! E d'altronde si può mai rettamente avere in mente di consacrarla in nome del'a conservazione dei beni nella famiglia? E non si bada, che si sanzionano le liberalità precisamente quando fanno uscire i beni dalla famiglia, e si eritieano soltanto quando la volontà del fratello ve li fa rimanere?

Malgrado queste ragioni il Consiglio di stato ammise il principio d' una legittima con delle modificazioni di dettaglio apportate al progetto presentato dal signor Bigot (7).

Ma il Tribunato lo combattè fortemente, ed insistè sulla differenza fondamentale, che esista tra la posizione degli ascendenti e dei discendenti e la posizione dei collaterali. Rivendicò il dritto della libertà, che non deva essere compresso senza delle gravissime ragioni. Mostrò, che i legami di famiglia, lungi dall' essere rallentati, piuttosto sarebbero stretti, quando l' uomo senza figli avrebbe il dritto di ricompensare o punire coloro, che lo circondano, e fosse garentito contra la loro freddezza od il loro abbandono (8).

Su queste osservazioni il Consiglio di stato non credè di dovere perseverare, e cancellò la disposizione (9). Il perchè il Codice Napoleone è su questo punto di accordo col dritto romano.

764. Per dritto romano la vedova sopravvi-

18, che rendeva anche più ampio il dritto dei padri, ed a quello del Codice Napoleone, che lo circoscriveva in più stretti confini, l'altro la nuova nostra legislazione si approssima più al dritto romano, che al Francese, perchè ritiene per tutt' i casi relativamente a' discendenti la misura del disponibile, che Giustiniano aveva stabilito pel caso, in cui vi fossero più di quattro figli.

Questa misura sempre costante della riserva a prò de' discendenti può forse sembrare non perfettamente conciliabile co' principi, da' quali la legittima discende. Imperciocchè se essa deriva dal dovere naturale ed assoluto, che ha il padre di provvedere all' esistenza di coloro, che ha messo il mondo, come può essere possibile, che i mezzi per adempiere a questo dovere siano gli stessi quando vi è un figlio, e quando ve ne sono dieci? Il numero de' figli può mai essere un fatto indifferente pel padre, ond' egli possa sempre ritenere la stessa quota disponibile? D' altronde delle due riserve, che la legge ammette, quella de' discendenti, e quella degli ascendenti, la primo soltanto rimane invariabile, mentre il numero dalle persone, cui viene attribuita, è molto più variabile del numero delle persone, cui spetta la seconda

La riserva degli ascendenti rimase pure modificata circa la quantità da quel, ch' era nel Cod. Napoleone, nè si credè di allontanarsi da quella legislazione per accordare una riserva a' Fratelli ed alla Sorella. (*Sessione de' 15 di luglio e 29 di agosto 1819*).

Il traduttore.

(1) Fenet, t. XII, p. 319.
(2) Id., p. 319.
(3) Bigot, ibid. t. XII, p. 251 e 319.
(4) Portalis, ibid. t. XII, p. 321, 322.
(5) Muraire, ibid. t. XII, p. 323.
(6) Portalis, *luog. cit.*
(7) Fenet, t. XII, p. 419 e segenti.
(8) Id., p. 444.
(9) P. 470.

vente indotata, o che si trovava in necessità, aveva la quarta parte dei beni del defunto, quando avevn lasciato tre figli o meno, o una quota uguale agli altri figli, quando ve n'erano più, a condizione di riserbarla ai figli comuni, quando ve n' erano, ma senza alcun peso, quando non ve n' erano (1). La ragione di questa riserva era tratta dal *decorum* del matrimonio e dello stesso coniuge, il cui onore sarebbe rimasto off. so, se la sua vedova fosse stata costretta di vivere miserabilmente. Imperocchè la vedova conserva un certo riflesso di suo marito: « *Vidua adhuc corruscat radiis* « *mariti* (2) ». Un uomo ricco, che sposa una donna, di cui conosce l' indigenza, non contrarrà forse per sempre l'obbligazione di provvedere alla sua sussistenza? Se durante la sua vita il marito ricusa alla moglie il suo mantenimento, i Tribunali possono costringervelo: e sarebbe poi la moglie abbandonata quando la morte del marito l' ha privato del di lui appoggio?

Ma il marito povero poteva dimandare la quarta sui beni di sua moglie ricca predefunta? Nò, per l' ultimo stato della giurisprudenza di Giustiniano (3); ma sì per la giurisprudenza dei paesi di dritto scritto attestata d' Accursio (4), Dumoul n (5), Despeisse (6), ed altri (7).

La quarta del coniuge povero era ignota ne' paesi consuetudinari (8); si era provveduto alla sorte della moglie con l'antefato, la sopravvivenza, la comunione ed un insieme di disposizioni matrimoniali, che rendevano inutile questo rimedio apportato agl'inconvenienti del regime dotale, così poco favorevole al miglioramento della fortuna della donna per mezzo del matrimonio.

765. Quando si discusse il titolo del matrimonio il signor Malleville fece osservare di essersi omessa una disposizione ricevuta dalla giurisprudenza, che dava una pensione al coniuge sopravvivente, quando rimaneva povero, e non raccoglieva la successione.

Il Signor Treilhard rispose, che con l' art. 55 gli si accordava l' usufrutto di un terzo dei beni (9), ma questo era un errore, perchè quest' articolo 55 non diceva nulla di simile, nè ve n'era veruno nel Codice Napoleone, che potesse motivare la risposta del Sig. Treilhard.

Nondimeno non bisogna dire, che il Consiglio di Stato si sia fondato su di un errore, quando ha riprovata la proposizione del Sig. Malleville, dapoichè se la ragione del Signor Treilhard è cattiva, la riflessione ne suggerisce delle ottime; dapprima bisogna attingerle nello spirito del Codice Napoleone, che riguarda il regime della comunione come il più degno d' incoraggiamento. Or questo regime dà alla donna una ricompensa degna di lei, quando gli sposi hanno lavorato fruttuosamente. Perchè gli sposi non l'hanno preferito? Perchè hanno essi dato la preferenza al regime dotale, che il Codice Napoleone ammette soltanto come eccezione? Inoltre i coniugi potevano assicurare con delle espresse disposizioni la sorte del premoriente; perchè non l' han fatto? Infine perchè assicurare alla moglie povera, ch' è stata a peso di suo marito, de' vantaggi, che non ha la moglie, che lo ha ajutato col concorso della sua dote? Tuttociò, che la vedova potrà pretendere, saranno gli alimenti. Ma gli eredi di un uomo ricco lasceranno la di lui vedova trascinare nella povertà una vita onorevole? E se fussero assai duri per farlo, i Tribunali non avrebbero il dritto di costringerli ad adempiere un pietoso dovere verso la memoria di colui, i di cui beni detengono? (a)

(1) Autentica. *Praeterea*, nel Codice, *Unde vir et uxor*. Novelle, 22 e 53, cap. 6, § 2, 74, § ult., e 117, cap. 5. Lebrun, *Successione*, 1, 7, 3. Maynard, lib. 3, cap. 25, Merlin, Repert., v° *Quarta de' coniugi poveri*. Domoulin *sul Consiglio 24 di Decio*. Bacquet, *Albinaggio* 33, 8. Merlino, *De ligitima*, 2, 1, 23.

(2) Merlino, *luog. cit.*, 2 e 3.

(3) Novella, 117, cap. 5.

(4) Sull' Autent. *Praeterea*.

(5) Sul Consiglio 24 di Decio.

(6) Tom. 1, p. 305.

(7) Merlin, *luog. cit.*

(8) Merlin, *luog. cit.*, p. 416, col. 1.

(9) Fenet, t. XII, p. 38.

(a) Gli eredi del marito, ove non vi siano de' figli, sono pressochè estranei alla moglie, ed il più delle volte non le sono amici Epperò non bisognava fidarsi su di un atto di generosità da parte loro, nè rimanere una infelice vedova alla loro descrizione. D' altronde non si comprende come i Tribunali nell' inesistenza di una disposizione legislativa avessero potuto astringere gli eredi del marito alla prestazione degli alimenti a favore della vedova di lui. Nè ci pare decisivo l' argomento, che si ricava dal confronto della moglie povera e della ricca, dapoichè se il dovere del marito di assicurare alla moglie i mezzi da vivere, quando non vi potrà provvedere personalmente, è una continuazione del dovere tutto naturale, che deriva dalla società coniugale, è evidente, che questo dovere o non esiste o esiste in più ristretti limiti, quando la moglie ha come provvedervi in tutto o in parte da sè medesima. E per quanto riguarda le convenzioni nuziali, una donna povera non può stipularne, nè per questo il dovere del marito si attenua.

Questa parte dunque della legislazione francese fu con ragione rettificata presso di noi. Si osservò nella discussione, che il dritto antico attribuiva al coniuge povero il quarto de' beni del consorte defunto, e glielo dava in proprietà piena, quando non vi erano figli Che essendovi figli in numero di tre o meno, il quarto si dava in semplice usufrutto, ed essendovene più si dava al coniuge povero anche in semplice usufrutto una porzione uguale a quella di ciascun figlio, che chiamavasi *virile*. (Autentica. *Praeterea*, C., *Unde vir et uxor*). Che la giurisprudenza dell' antico Foro aveva limitato il dritto del coniuge povero superstite ad una pensione alimentaria, sia che vi fossero, o non vi fossero figli. Si riflettè infine, che il regime della comunione essendo poco adattato a' nostri costumi, la vedova non avrebbe potuto contare su' vantaggi, che ne derivano. Per le quali ragioni si convenne di elevare a disposizione legislativa la cennata giurisprudenza degli antichi nostri Tribunali senza parlare dell'esistenza o inesistenza della dote, la quale può essere per se sola insufficiente a provvedere a' bisogni della vedova. Così furono redatti gli articoli 689 e 690 delle nostre Leggi civili.

766. Dopo di aver messo sotto gli occhi del lettore gli antecedenti e lo spirito della legge, tentiamo di penetrare ne' dettagli della sua interpetrazione.

Dapprima si rimorcherà, che la quota disponibile è oggi la stesso per le donazioni o pe'testomenti. Il padre di famiglia non ha più dritto nelle disposizioni a causa di morte. Partendo dal punto incontestabile, che la riserva è un debito, è chiaro, che delle liberalità, qoolunque si siaoo, aoa possoao recore pregiudizio olla sua soddisfozioce.

767. Vi è un altro punto non meno csseaziale, cioè che la porzione disponibile, la porzione donata dal defunto, noa dev' essere considerato, cbe como uaa detrazione dell'eredità, dapoichè la riserva legale forma solo la successione, l'ereditò, e coloro, che la ricevono, sono i soli eredi del defunto, sottoposti a tutte le conseguenze, che risultano da questa qualità, e di essa sono impossessati *ipso jure* in virtù della regola *il morto impossessa il vivo*(1). La quanto a coloro, cui il dispoaeato fà pervenire la quota disponibile, sono semplicemente legatari o donatari, per lo che si può applicare sotto del Codice la massima di Dumoulin: « *Non habet legitimam nisi qui heres est* (2).

È chiaro dopo ciò, cho il Codice relativamente alle riserve dovate a certi credi privilegiati, si è avvicinato al dritto consuetudinario piuttosto. che al dritto romano, agli occhi del quale la legittima era attribuita alla qualità di figlio e aoa alla quolità di erede, sempre dipendeote dalla voloatà del testatore (3). Tuttavia diciamo sin da ora, che qnesta regola di Dumoulin, *non habet legitimam nisi qui heres est* è soggotta o delle aotevoli eccezioni (4), e che si caderebbo ne' più gravi errori o nello più dure iniquità, se si applicasse d' una maniera assoluta.

768. Malgrado il punto di coatatto, che abbiamo segnalolo tra il Codice Napoleoae ed il dritto coasuetudinario, vi è una differenza tra lo riserva legale del Codice Napoleone e lo legittima de' paesi di coosuetudiao.

Ne' priocipî del dritto consuetudinario la legittimo era una porzione determinata di ciò, cho il figlio avrebbe avuto se fosse succeduto *ab intestato* (*portio portionis*); di sortechè secondo Riccord e tutti gli autori consuetudinari i figli non prendevono in mosso la porzione, che era destinata per loro legittima per indi distribuirla tra coloro, cho vi dovevano prender parte, ma ciascun figlio in particolare doveva essere contento quando aveva la porzione della porzione, ch' era deferita dallo legge *ab intestato* e questa porzione non gli era dovuta, cho in dettaglio e come un ossegno o lui personale (5).

Sotto il Codice di Napoleone la legittima è altrimenti ossegoata. La legge divide il patrimonio del dispooente in due porti; l' uaa disponibile, iadisponibile l'altra. Questa è calcolata sul aumero degli eredi riservotari, i quali ne sono impossessati collettivamente. Tale porzione indisponibile è un tutto, uaa massa, che passo a' legitimorl per essere poi da loro divisa ia quote uguali; aon è *portio portionis* ma è *portio hereditatis*, una porzione de' beni iu massa. In ciò il Codice Napoleono si avvicina molto al dritto romano giusta l' ultimo stato formoto dollo aovella 18 (6), dapoichè la legittimo oppartenevo a' figli in massa e collettivamente. Ma il Codice Napoleone differisce dal dritto romano in quantochè oggi la legittima è *quota hereditatis*, mentrechè presso i romoni era *quota bonorum* (7). Vedremo più basso quole può essere l' influeaza di questa distiozione su' figli, che rinunzinno per serbare la loro doaazione (8).

769. L'art. 913 si occupa dapprima di regolare la riserva ottribuita a' figli. Eglino sono i primi nell' ordine della natura; ed eglino sopratutto debbono essere garentiti dalle ingiuste severità del potere di disporre; severità del resto assai rare, perciocchè l'affezione dei padri è la più profonda di tutto, o sono tali i oostri costumi, che aon si veggono spesso dei padri, de' quali possa dirsi; « *Maligne contra sanguinem suum inferentem judicium* (9). Questa riserva varia secondo il aumero di coloro, che vi hanno dritto, e per coaseguenza la quota disponibile siegue la ragione inversa di queste variazioni. Abbiamo spiegoto qui sopra l' ideo fondamentale, che dà la chiove di questa gradozione (10).

770. Poichè il aumero do' figli serve di base olla fissazione della quota disponibile, è noturale di dimandare, quali sono i figli, che

« Art. 689. Al coniuge povero, che non abbia un « patrimonio confacente al suo stato sarà dovuto sulle « rendite ereditarie dol Consorte predefunto una pre- « stazione alimentaria e vitalizia »

« Art. 690. L' importare di siffatta prestazione non « eccederà il quarto dolla rendita do' beni ereditari, « quando non esistessero figli, o quando ve ne fossero « al numero di tre o meno. Essendo più di tre, non ec- « cederà i frutti della porzione virile. »

Il traduttore.

(1) *Sopra*, n. 737.

(2) Sopra Parigi, art. 125, n. 1, e sul Consiglio 75 di Alessandro, n. 6. Lebrun, 2, 3, 1, 14. Bourjon, t. I, p. 877, col. 1.

(3) *Sopra*, n.731. Art.1014, 1011. Cod Napoleone.

(4) *Infra* ni 777 o seguenti, e ni 899 e seguenti.

(5) Ricard, ni 1056 a seguenti Lebrun,*Successioni*, 3, 8, 2, 77. Argomento dall' art. 298 dello *Cons. di Parigi*.

(6) Furgole, 8, 2, 148. Aggiungi Henrys e Brotonnier, 6, 5, 16. Monoch., *Praes.*, 4, 101, 39.

(7) Zacharia, t. V, p. 133.

(8) Ni 775 a seguenti.

(9) L. 4, D., *De inoff. test.*

(10) N. 761.

Digitized by Google

debbono far numero per calcolare questa quota. Questo punto sotto qualche rapporto ha della serie difficoltà, e noi esamineremo la quistione relativamente a' figli illegittimi, a' figli adottivi, a' figli asseati, a' figli legittimati, a' figli, che rinunziano, alla successione, ed a' figli morti civilmente, incapaci, o indegni.

771. Non è qui il luogo di esaminare tutte le variazioni, che la legislazione ha provato su' dritti, che i figli naturali possono avere sui beni de' loro ascendenti (1). Ci basterà di rammentarci in questo momento, che il figlio naturale riconosciuto ha giusta l'art. 757 del Codice Napoleone combinato con gli art. 756 e 761 (o) una parte determinata, della quale i suoi autori non possono privarli, disponendo della totalità, o di una parte de' loro beni, che diminuisse la sua porzione legale. Se la sua riserva non si trovasse nella successione di suo padre e di sua madre, avrebbe il dritto di domandare sino alla dovuta concorrenza la riduzione delle liberalità eccessive, che ne l' avessero spogliato. Codesto punto è oggi generalmente riconosciuto, e le antiche controversie suscitate, quando il Codice era nel suo cominciamento (2), sono terminate, e direi quasi obliate nella pratica de' Tribunali. Tutti convengono, che se l' art. 913 preso isolatamente lascia qualche dubbio, gli art. 756, 757, e 761 tolgono tutti i scrupoli per la precisione delle loro disposizioni (3).

È anche costante, che la riserva de' figli naturali dà loro il dritto di fare ridurre le donazioni tra vivi, anche anteriori al loro riconoscimento (4).

Ma questa riserva del figlio naturale non è, che una devoluzione de' dritti ereditari. L'art. 756, che ha voluto onorare il matrimonio e rendere omaggio alla morale, tracciando una linea di demarcazione tra' figli nati all' ombra di un' unione legittima e coloro, che debbono i loro giorni unicamente a' traviamenti di loro padre e della loro madre, ha dichiarato non essere gli ultimi eredi, nè potere succedere sino n che vi sono de' successibili nella famiglia. Ed in effetti il dritto di successione è un dritto, che appartiene alla sola famiglia, ed i bastardi non hanno famiglia. *Nec gentem nec familiam habent.* Per lo che la legge ha loro tolto l' onorevole titolo di erede pel suo rispetto della famiglia e della legittimità e dà loro non altro, che un semplice dritto su' beni del loro padre e della loro madre trapassati, i quali pel solo fatto della loro nascita sono naturalmente obbligati a trasmettere loro quanto è d'uopo per provvedere al loro mantenimento. D' onde siegue, che la loro riserva è una specie di credito reale, *in re* (5), che rende la successione paterna o materna gravata verso di loro del debito di una porzione di proprietà, determinata dalla legge secondo i casi; però eglino non hanno possesso ereditario (6) (b).

772. Ciò premesso non si può dire, che i figli naturali facciano numero per calcolare la quantità della porzione disponibile ed indisponibile. La quota indisponibile è quel, che forma la successione, l' eredità; ed i figli naturali essendo esclusi dall'eredità, debbono essere considerati come inesistenti per la determinazione della quota, che forma quest' eredità. Per lo che l' articolo 913 non fa entrare in calcolazione, che i figli legittimi. Questo testo è rimarchevole e decisivo.

773. Ma se egli è vero, che i figli naturali hanno dritto ad una riserva di una specie particolare, come si farà per fissare questa riserva ed in qual modo sarà essa presa nella successione? Vi è a tal riguardo un principio certo. L' articolo 757 ha voluto, che nel caso della successione *ab intestato* il dritto del figlio naturale fosse una quota di quello, che avrebbe avuto, se fosse stato legittimo. Secondo l' analogia delle idee, la riserva del figlio naturale nel caso della disposizione deve essere ancora una quota della parte, alla quale sarebbe stato ridotto, se fosse stato legittimo, osservando, come fa rilevarlo il signor Grenier (7), la stessa proporzione, che vi è tra la

(1) Sopra ni 627, 628.

(o) Gli art. 756 a 757 del Codice Napoleone sono riprodotti modificati nell'art. 674 delle nostre Leggi civili. L'art. 761 non è stato riprodotto. — *Il tradut.*

(2) Chabot *Successioni*, t. II, p. 47 e seguenti.

(3) Grenier, t. IV, n. 639. Dalloz, v° *Successione irregolare*, ni 36 e seguenti. Zachariae t. V, p. 156.

(4) *Infra* ni 915 e 916.

(5) Nancy, 22 gennaio 1838 (Dalloz, 39, 2, 153).

(6) Art. 756.

(b) L'art. 756 del Cod. Napoleone era così concepito: « Il figlio naturale non è erede; la legge non accorda loro dritto su' beni del loro padre e della loro madre trapassati, che quando sono stati legalmente riconosciuti. Essa non accorda loro alcun dritto sui beni de' loro parenti del loro padre e della loro madre. »

Invece l' art. 674 delle nostre Leggi civili dice: « I figli naturali succedono alla madre. Non succedono al padre, che se non siano stati legalmente riconosciuti, ed in que' casi, ne' quali è per legge ammessa la pruova della paternità. »

Questa diversità di redazione, e specialmente l'abrogazione del primo periodo dell'articolo del Codice francese, che dichiarava, il figlio naturale non esser erede, pare che debba condurci a conchiudere, che per noi il figlio naturale è erede. Ed infatti la legge adopera la parola *succedere*, la quale importa la qualità di erede. E se eglino, non diversamente dal coniuge superstite e dello Stato, sono tenuti a dimandare al Tribunale l'immessione in possesso dell' eredità, quando succedono nello intiero, è perchè in tal caso, la successione si trasmette loro sotto la condizione dell'inesistenza di parenti successibili, la quale condizione vuole la legge, che sia dal Magistrato accertata. (*V. art.* 686 *Leggi civili*). Ma indubitatamente in questo caso sono eredi, e sono, come ogni altro erede, la continuazione della persona del defunto. Sono dunque anche eredi quando prendono la semplice legittima. — *Il traduttore.*

(7) T. IV, n. 666.

porzione attribuita al figlio naturale nel caso della successione *ab intestato*, e quella che avrebbe avuta nel medesimo caso, se fosse stato legittimo.

Un altro principio non meno importante si è, che la riserva del figlio naturale è un peso dei beni che compongono la successione, e non già la stessa successione; benchè que'beni debbono essere fittiziamente aumentati con quelli, che sono stati alienati per donazione tra vivi conformemente all'art. 922 del Codice Napoleone (1).

774. Passiamo ora a degli esempi propri a farci comprendere, senza volere non pertanto presentare qui il commentario completo d' una materia, che appartiene al titolo delle successioni.

Primo caso. Un padre muore, lasciando un patrimonio di 24 mila franchi, un figlio naturale, ed un legatario universale senz' altra famiglia. In simile caso l' articolo 758 lascia al figlio naturale la totalità di ciò, che avrebbe avuto il figlio legittimo; dapoichè nessuno interesse di famiglia eleva la voce contro di lui.

Or il figlio legittimo avrebbe avuto dritto a 12 mila franchi (articolo 913). Dunque il legatario sarà obbligato di pagargli siffatta somma sui beni della successione, veramente gravati di questo peso.

775 Secondo caso. Il defunto lascia dei fratelli, un figlio naturale, ed un legatario universale estraneo con 48 mila franchi di beni (2).

Non si è d' accordo su questo punto nella giurisprudenza, e due sistemi la dividono.

Ecco il primo:

L' articolo 757 fissa il dritto del figlio naturale alla metà di quello, che avrebbe avuto, se fosse stato legittimo. Or come figlio legittimo avrebbe egli dovuto avere 24 mila franchi; dunque la sua quota sarà di 12 mila franchi, che il legatario sarà tenuto di dargli (3). Il figlio naturale non potrebbe pretendere i tre quarti giusta l' art. 757 sotto pretesto, che prevalendosi dell' esistenza dei fratelli o delle sorelle escluse dal testamento, il legatario eccepisce il dritto altrui, imperciocchè instituendo uo legatario universale, il testatore gli ha trasferito tuttociò, che quelli avrebbero raccolto, e l' ha surrogato nei dritti dei suoi fratelli e delle sue sorelle.

Il secondo sistema attacca una grandissima importanza all' obiezione confutata dal primo; anzi la prende per base della sua decisione (4). Vuole che i fratelli e le sorelle escluse dal testamento siano considerati come inesistenti; ed in effetti non esistono per la successione, perchè il testatore gliela toglie. Non è forse per cagione della famiglia, che la quota del figlio naturale è stata limitata alla metà di ciò, che avrebbe avuto il figlio legittimo? Or poichè la famiglia è stata messa da parte dal testatore, il suo legatario universale, non potendo fare valere le stesse ragioni di onore, di decenza, di moralità, deve essere trattato come se la famiglia non esistesse.

Questo secondo sistema non mi sembra facile da conciliarsi col testo degli articoli 757 e 758, che subordinano la parte del figlio naturale al fatto dell' esistenza della famiglia. *Se il padre e la madre hanno lasciato*; *allorchè il padre e la madre non lasciano* ecc. ecc. Queste parole hanno una grande importanza, poichè a mio senso basta; che la famiglia esista, onde la decenza ponga un ostacolo a delle liberalità, il cui eccesso è un attentato pel suo onore.

Che fa il figlio naturale nel secondo sistema? Si eleva al rango di figlio legittimo, e se ne appropria i vantaggi al cospetto d' una famiglia, la cui presenza è una protesta contro questa usurpazione. Imperciocchè nel sistema della legge la famiglia mette un ostacolo insormontabile tra questa eguaglianza della legittimità e della bastardia. Senza dubbio è molto indifferente pe' suoi membri, presi individualmente, che il legatario universale, che raccoglie in luogo loro, riceva più o meno, o che il figlio naturale abbia una parte migliore. Ma ciò non è indifferente per lo matrimonio, la cui utilità e favore sono così essenziali, ed il cui onore è messo dal codice Napoleone così sublime (5). Da ultimo non è vero, che si deve tenere la famiglia come inesistente, perchè non eredita, dapoichè essa non impedisce forse, che il figlio naturale sia erede? Forse non esiste per torgli questo titolo onorevole, che potrà prendere soltanto quando non vi sono parenti successibili (6). Dunque se fa ostacolo al titolo di erede, fa pure ostacolo all' estensione de' vantaggi, che si fondano sulla sua non esistenza.

776. Nondimeno faremo rimarcare, che se i fratelli e le sorelle fossero morti, e che fossero rimpiazzati da' loro figli, la quota del figlio naturale sarebbe de' tre quarti della parte legittima. La rappresentazione non è ammessa in questa materia, ch' è tutta eccezionale ed irregolare. L' ultimo paragrafo dell' art. 757 non lascia verun dubbio a tal riguardo (7), e

(1) Sopra n. 763.

(2) Grenier, t. IV, n. 667.

(3) Toullier, 4, 266. Merlin, Repert., v° *Riserva*. Grenier, t. IV, n. 667. Vazeille, art. 761, n. 3. Nancy, 25 agosto 1831 (Dalloz, 32, 2, 4). V. pure la specie di un arresto della Corte di Cassazione de' 20 febbraio 1823 (Dalloz, 23, 1, 129).

(4) Toloso, 8 giugno 1839 (D., 39, 2, 250). Sez. de' Ric., 14 marzo 1837, (D., 37, 1, 277). Sopra, n. 634.

(5) Chabot, Rapporto al Tribun. (Fenet, t. XII, p. 194).

(6) Treilhard, Esposiziona de' motivi (Fenet, t. XII, p. 150).

(7) Cass. 6 aprile 1813 (Devill., 4, 1, 321). Seziona de' Ric. 20 febbraio 1823 (Dalloz, 33, 1, 167). Rouen, 14 luglio 1840 (Dalloz, 41, 2, 55). Grenier, t. IV, n. 667. *Contra*, Themis, t. VII, p. 113. Toullier, t. IV, n. 254; Delvincourt, t. II, p. 21, nota 5.

Digitized by Google

ci sorprende, che ne abbiano potuto esistere de' seri in presenza de' suoi precisi termini (a).

777. Terzo caso. Il defunto lascia suo padre e sua madre, un figlio naturale, ed una successione di 24mila franchi con un legatario universale istituito.

Il legatario universale si trova qui in presenza di due specie di riservatarî: degli ascendenti, la cui riserva è determinata dall'art. 915 del Codice, a forma la vera successione del defunto, e del figlio naturale, la cui riserva di bastardia è fissata dell' art. 757, che gli dà solamente un dritto *in re*.

Or (come più sopra l'abbiamo detto), questa riserva di bastardia è un peso de' beni, una specie di debito della successione. Per lo che l' eredità dovrà contribuire alla formazione di questa riserva, conciliandola con quella degli ascendenti, ch'è la più nobile e la più favorevole. Così si avrà: la metà di una quota di figlio legittimo pel figlio naturale 6000 franchi; riserva degli ascendenti 9000 franchi (b).

I rimanenti 9000 franchi formeranno la parte, che spetta al legatario universale (1).

778. Il quarto caso consiste nel concorso de' bastardi con de' figli legittimi.

Il defunto lascia 24 mila franchi, un figlio legittimo, un figlio illegittimo, e Cajo legatario universale.

Qual è nella specie la quota di dritto attribuita al figlio naturale ? Il terzo della porzione, che avrebbe avuto, se fosse stato legittimo. Or se fosse stato legittimo, avrebbe potuto pretendere 8000 franchi sul patrimonio paterno; quindi il suo dritto di bastardia sarà di 2666 franchi. Ed in effetti onde i suoi interessi non siano lesi nel calcolo dalla quota ereditaria, di cui deve avere il terzo, bisogna necessariamente ammetterlo per un momento nel numero de' figli legittimi, e farlo concorrere fittiziamente con loro, di modochè se non esiste, che un figlio legittimo, deve procedersi come se ve ne fossero due; se ve ne sono due, come se ve ne fossero tre, perciocchè tale sarebbe stato il numero de'legittimarî, che sarebbero concorsi alla fissazione della porzione ereditaria, se il figlio naturale fosse stato legittimo (2).

Or nella specie, se si suppongono fittiziamente due figli legittimi, la porzione indisponibile è di due terzi, ossiano 16 mila franchi; un terzo, 8000 franchi, essendo la quota di un figlio legittimo, il figlio naturale avrà dritto al terzo di questo terzo, ossia 2666 franchi.

E siccome questa somma di 2666 franchi è un peso della successione, la si detrarrà dai 24 mila franchi, il che ridurrà l' attivo della successione a 21333 franchi, che saranno divisi per metà tra il figlio legittimo ed il legatario. D' onde si scorge, che comunque il figlio naturale abbia figurato per un istante e fittiziamente tra' figli legittimi, si rientra ben presto nella verità, calcolandosi la porzione disponibile alla metà, dopochè gli si è fatta la sua quota Epperò non conta per fissare la porzione disponibile (3).

779. Quinto caso. Concorso di un bastardo con tre figli legittimi ed un legatario universale.

Il testatore muore, lasciando un figlio naturale, che ha riconosciuto, tre figli legittimi, ed una fortuna di 48 mila franchi; lascia un legatario universale.

In questa ipotesi i Signori Grenier (4) e Toullier (5) sostengono, che non bisogna calcolare come precedentemente, vale a dire segregare dapprima dalla massa la quota del figlio naturale, e calcolare in seguito sul rimanente la quota riservata a' figli legittimi e la quota disponibile. Si fondano sulla ragione, che questa maniera di procedere ridurrebbe la porzione disponibile al di sotto del quarto, mentre essendosi tre figli legittimi rimane irrevocabilmente fissata al quarto; e siccome un quarto figlio legittimo non potrebbe attentare a' dritti del legatario, un bastardo con maggiore ragione non gli può recare verun pregiudizio. Epperò gli autori precitati denno alla porzione disponibile una cifra di 12 mila franchi, lasciando a'figli legittimi di adempiere eglino soli verso il loro fratello naturale. Aggiungono, che questi figli legittimi non hanno da dolersi, dapoichè se il loro fratello fosse stato legittimo, sarebbero stati obbligati di subire sulla loro quota della porzione disponibile una maggiore riduzione.

In quanto a noi siamo di un avviso contrario, e facciamo in questo caso come nel caso

(a) Ma è la contemplazione della famiglia o quella de' fratelli e delle sorelle, personalmente considerati, il motivo, che ha determinato la misura della quota del figlio naturale quando esistono detti fratelli e dette sorelle? Per certo non si dirà, che la famiglia finisce in costoro; la famiglia esiste, se invece di fratelli e sorelle esistono nipoti. E nonpertanto termina la limitazione della metà, ed il figlio naturale ha dritto a' 3/4. Dunque la considerazione personale di congiunti più stretti determina una riduzione maggiore nella quota del figlio naturale. E se questa considerazione è personale pe' fratelli e per le sorelle come può giovare ad un'estraneo? Lo legge ha potuto ben volere, che il padre desse qualche cosa di meno al figlio naturale per giovare al proprio fratello, o alla propria sorella, ma non può estendersi questa ragione ad un estraneo, che non ha dritto di chiedere dirimpetto al figlio naturale la stessa preferenza del fratello o della sorella. — *Il trad.*

(b) Come ben si vede, la riserva degli ascendenti viene liquidata sul patrimonio del defunto, dedotti i 6000 franchi a favore del figlio naturale, che sono riguardati come un debito dell' eredità. — *Il trad.*

(1) Grenier, t. IV, p. 669.

(2) Cassaz. 26 giugno 1809, i cui motivi sono notevoli. (Devill , 3, I. 77).

(3) Grenier, t. IV, n. 670.

(4) T. IV, n. 670.

(5) T. IV, n. 265.

precedente. Noi dunque dividiamo la successione come siegue: 3000 franchi pel figlio naturale; 11250 franchi per ciascuno de' tre figli legittimi; ed i 11250 franchi pel legatario universale.

Per lo contrario seguendo il metodo indicato da' signori Grenier e Toullier, si ottengono 3000 franchi pel figlio naturale, 12mila franchi pel legatario universale, ed 11mila franchi per ciascuno de' figli legittimi. La sorte de' figli legittimi si trova necessariamente aggravata da quest'ultima operazione, ed eglino soli sopportano il peso della riserva di bastardia.

Ecco quali sono i motivi, su' quali ci fondiamo per appoggiare il nostro sentimento.

S'è vero, che i bastardi non hanno, che de' semplici dritti, e non già un titolo ereditario per concorrere nella successione del loro autore, ne siegue, che questa successione è gravata relativamente a loro del peso, di un debito, che deve diminuire di altrettanto la massa comune (1). Or per calcolare qual'è la quota, di cui il defunto ha potuto disporre, avuto riguardo alla qualità degli eredi, bisogna dedurre dalla massa i debiti, che si trovano nella di lui eredità (art. 932). Epperò ci conformiamo alla legge, detraendo dapprima la parte spettante al figlio naturale. Sebbene si tratti qui di un debito particolare, la generalità del principio ci mena verso la sua applicazione.

I signori Grenier e Toullier sostengono, non potersi agire così, perchè è scemare la porzione disponibile, ch'è invariabilmente fissata al quarto secondo il numero de' figli. Ho pena a comprendere questa obiezione. Anch'io voglio, che si lasci al legatario universale il quarto disponibile, che il defunto gli ha legato; senonchè calcolo questo quarto sulla massa ridotta al suo giusto valore per la prelazione della quota dovuta a titolo di debito al figlio naturale, mentrechè i signori Grenier e Toullier operano su di una massa, nella quale si trova un debito non dedotto. Risulta dal sistema di questi due autori una cosa, che non possiamo conciliare co' principi, vale a dire, che i soli figli legittimi sopportano il pagamento della riserva di bastardia, e che il legatario universale non vi contribuisce. E nonpertanto la legge esige, che il legatario universale ed anche il legatario a titolo universale siano tenuti de' debiti della successione per la loro parte e porzione (artic. 1012 Codice Napoleone). D'altronde non è immorale, che i figli, frutto di un' unione legittima, siano esclusivamente condannati a soddisfare il debito, reclamato da un creditore poco favorevole nella famiglia, mentrechè il legatario universale, che tiene tutti i suoi dritti dal defunto, sarà esente da quest'obbligazione? Oltre di che nelle operazioni, che abbiamo fatto nel terzo e quarto caso di accordo co' signori Grenier e Toullier, la porzione disponibile non si trova diminuita di tutta la parte, che spetta al bastardo? Perchè dunque cioechè questi Giureconsulti hanno trovato giusto in un caso, lo trovano ingiusto in un altro? È perchè, dicono essi, il figlio naturale non può con la sua esistenza fare al legatario universale maggiore ostacolo di quello, che potrebbe fargli un quarto figlio legittimo. Ma questa ragione mi sembra frivola, imperocchè un quarto figlio legittimo avrebbe un dritto acquisito nella riserva attribuita dalla legge a' figli legittimi (art. 913). Ma il figlio naturale non ha verun dritto in questa quota disponibile, ch'è l'appannaggio della legittimità. Perchè ammetterlo ad attingere unicamente in quella il pagamento del suo credito? Non è questo un pregiudizio rivoltante inferito a la legittimità?

Nondimeno i Signori Grenier e Toullier vogliono, che i figli debbono esserne contenti, perchè danno al loro fratello illegittimo meno del fratello legittimo. Ma questi autori non veggono, che nelle affezioni della natura la divisione con un fratello legittimo è così sacra così spontanea, com'è penosa con un fratello, la cui nascita è un turbamento nella famiglia.

In riassunto i figli naturali non formano numero per determinare la quota disponibile e la riserva. Per verità il padre e la madre non possono privarli de' dritti limitati, che la legge loro assegna, come debito naturale sulla loro successione, e questi dritti formano per essi una specie di riserva. Ma essi non possono reclamare questa riserva, che in qualità di creditori di una specie particolare, e deve esser loro pagata prorata dagli eredi e de' legatari soggetti a' debiti del defunto (2) (a).

(1) V. il discorso del Sig. Simeone al Corpo legislativo. Chiama il dritto de' bastardi *un debito del padre*, *un credito de' figli naturali*.

(2) Diremo di passaggio che sebbene sotto di un certo rapporto non consideriamo i figli naturali, che come de' creditori della successione del loro padre e della loro madre pe' dritti, che loro competono, debbono nondimeno concorrere in proporzione de' loro dritti al pagamento de' debiti del defunto. Debbono tale contribuzione non già come eredi, poichè la legge gli esclude da questo titolo onorevole, ma perchè a' termini dell'art. 756 non han dritto, che *su' beni* de' loro autori, ed è triviale in dritto, che s' intende per beni solamente ciò, resta dopo pagati i debiti: *Bona non dicuntur nisi deducto aere alieno*.

Del resto bisogna riconoscere, che il Codice è molto incompleto in quel che concerne il dritto de' figli naturali, e non sempre consegue lo scopo, che si è proposto, di favorire la legittimità. Ma quante volte non avviene al legislatore d'ingannarsi ne' suoi calcoli, soprattutto quando una materia è nuova? « *Nulla lex satis commoda omnibus est*, dice Tito Livio, *id modo quaeritur*, *si majori parti et in summum prodeat* » (34, 3). »

(a) Qualunque sia l'esattezza giuridica delle esposte soluzioni è certo, che dipendono da un principio, che

780. Termineremo col fare osservare, che se il padre non può accrescere il dritto accordato al figlio naturale dall'art. 757, può ridurlo donandogli in vita la metà della sua parte legale, e dichiarando essere sua intenzione di ridurla a questa metà (art. 761) (a).

Potremmo estenderci lungamente su questa disposizione, che fà sorgere talune gravi quistioni, ma il commentario di questo articolo appartiene al titolo delle successioni.

781. Giusta l'art. 350 il figlio adottato, avendo sulla successione dell'adottante gli stessi dritti, che vi avrebbe il figlio nato dal matrimonio, ne segue avere egli dritto ad una legittima e che deve fare numero, per determinare la quota disponib.le (1).

782. La quistione se il figlio assente nel giorno della morte del padre o della madre deve far numero per la calcolazione delle riserve è stata altre volte controvertita (2). Ma questa quistione si trova oggi decisa per la negativa degli art. 135, 136, 137, 138 del Codice Napoleone (3) (b). Spetta a coloro, che pretendono essersi ecceduta la porzione disponibile, di provare l' esistenza dell' assente (4). Se nondimeno l' assente lasciasse de' figli, costoro verebbero nel suo luogo e grado per rappresentazione (5).

783. Non vi è dubbio, che il figlio legittimato per susseguente matrimonio, conformemente alle disposizioni degli art. 331, 332, 333 del Codice Napoleone (c), faccia numero per calcolare la riserva, ed abbia qualità per pretendere questo dritto.

784. Occupiamoci ora del figlio, che rinuncia alla successione, ed è dire il vero, dicendo di essere pervenuti ad uno de' più ardui e più controvertiti punti del dritto attuale; l' importanza della materia esige, che la esaminiamo con dettaglio.

E dapprima i figli, che rinunciano, fanno numero per determinare la quota disponibile e la riserva?

Dappoi, se fanno numero, a chi deve giovare la parte, ch' essi rinunciano?

La prima quistione non è quella, la cui soluzione presenta più difficoltà.

Se la guardiamo per rapporto al dritto antico, troviamo, essere generalmente riconosciuto dagli autori, che i figli rinuncianti facevano numero per calcolare la porzione disponibile, quando non rinunciavano, che in seguito di donazioni o legati ricevuti dal testatore, dapoichè sarebbero evidentemente venuti alla sua successione, se non avessero ricevuto queste liberalità (6).

In quanto a' figli, che avevano rinunciato gratuitamente, e senza aver ricevuto alcun dono, non si faceva entrarli in calcolo, e la loro quota profittava a' loro coeredi *iure non decrescendi* (7).

Questa distinzione non può più essere ammessa ora, che l' art. 913 fà dipendere la fissazione della porzione disponibile dal numero de' figli, che il defunto lascia alla sua morte. Ed in effetti riportiamoci allo spirito della legge, la quale fà del patrimonio del padre una massa comune, nella quale quest' ultimo ha una parte virile disponibile. Or questa parte virile resta fissata dal numero de' figli esistenti

non è stato ritenuto nella nostra nuova legislazione. Per noi il figlio naturale è erede (Nota nella pag. 266) e non creditore. Senza nulla detrarre a' giusti riguardi dovuti al matrimonio, e senza punto derogare alla necessità morale di non mettere il figlio naturale a livello del figlio legittimo, non si può sconvenire, che mentre da un lato le restrizioni, che s' impongono alla capacità di ricevere per atti tra vivi o di ultima volontà de' figli nati fuori matrimonio non valgono ad allontanare e forse neppure a diminuire le illecite unioni, dall'altro queste innocenti frutti della colpa de' loro genitori occupano già nella società un posto, ch' è per se solo una pena. Per la qual cosa il nostro legislatore essendo stato verso di loro meno severo, è stato naturalmente più giusto, e niuno dirà, che ne siano per questo discapitati i pubblici costumi.

Non può dunque prevalere presso di noi il sistema di prelevarsi la legittima del figlio naturale come un debito della successione. Se vi sono figli o discendenti legittimi che concorrono col figli naturale, il disponibile rimane nella metà, ed i figli o discendenti legittimi guadagnano sul figlio naturale la metà della di lui quota. Se il figlio naturale concorre con degli ascendenti, il disponibile è anche nella metà, attesa l' esistenza di un figlio, sebbene naturale, ma questi prende soltanto un quarto dell' eredità, e l'altro quarto è attribuito a titolo di riserva agli ascendenti. L'esistenza di un figlio legittimo avrebbe esclusi costoro da ogni riserva: l' esistenza di un figlio naturale gli esclude da quella parte, che costituisce la differenza tra la loro riserva, se non vi fossero stati figli, e quel tanto, che la legge toglie al figlio naturale in confronto del legittimo. La progressione è giustissima; nulla, se vi sono figli legittimi; parte, se ve ne sono naturali; tutto, se non ve ne sono affatto.

Esistendo poi congiunti collaterali in gradu successibile, il quarto tolto al figlio naturale si accresce al disponibile, perchè non vi è riserva pe' collaterali.

Il traduttore.

(a) L'art. 761 del Cod. Napoleone non essendo stato riprodotto nelle nostre Leggi civili, la facoltà, di cui parla il nostro autore, non esiste più nella nostra legislazione, la quale a nostro modo di vedere è più giusta verso i figli naturali, che non hanno veruna colpa personale — *Il traduttore.*

(1) Cassaz. 29 giugno 1825 (Devill., 8, 1, 146).

(2) Brettonier, *Q. Alphab.* v° *Assente*, cap. 2.

(3) Toullier, t. V, n. 103.

(b) Detti articoli corrispondono agli articoli 141, 142, 143 e 144, delle nostre Leggi civili, a' quali sono uniformi. — *Il traduttore.*

(4) Tolosa 1° maggio 1823 (Devill., 7, 2, 205).

(5) Grenier, t. IV, n. 564. Dalloz, t. V, p. 408, n. 9.

(c) I citati articoli corrispondono o sono uniformi agli articoli 253, 254 e 255, delle Leggi civili.

Il traduttore.

(6) Lebrun, *Success.* L. 3, cap. 8, sez. 2, ni 76 e 77 e l. 2, cap. 3, sez. 6, ni 3 e seguenti. Pothier, *Donat. tra vivi*, III, V, 3, e sulla consuetudine d' Orleans. *Introd. al tit. Delle donazioni*, n. 79. Ricord, part. 3, n. 1056. Furgole, cap. 8, sez. 2, ni 144 e seguenti.

(7) Lebrun, *luog. cit.* ed altri. L. 10, § 4, D. . *De bon. or. possess. contra tabulas*, che dice, che non vi è da dimandare, « *ut partem faciant, nihil habituri.* »

nel momento della morte: un quarto pel padre, se ha tre figli, perchè la società è considerato composta di quattro, lui compreso; un terzo, se non vi sono, che due figli, perchè allora è composta di tre persone, ed il terzo è stato disponibile in vita del padre. Or questa disponibilità, così precisata nel momento della morte, non potrebbe ricevere maggior' estensione per un fatto posteriore, e che arriva quando tutto è consumato.

La rinunzia di un figlio, manifestata dopo la morte del disponente, non impedisce, che durante la sua vita costui non sia stato limitato ad una parte precisata, che non poteva sorpassare senz'abusare del suo diritto. Imperciocchè in tempo della sua morte la sua facoltà di disporre non poteva ricevere un accrescimento, che non aveva, mentre era vivo.

Laonde il numero de'figli è la sola base, cui è d'uopo fermarsi per non cadere in distinzioni un poco arbitrarie della nostra antica giurisprudenza francese, e che non trovo generalmente ammesse da' dottori stranieri, che hanno esaminato la quistione secondo il dritto romano. Percioechè Merlino insegna in una maniera generale, che il figlio, che rinunzia dopo la morte di suo padre, fa numero per la legittima (1). Tutt' i figli in generale debbono essere contati senza distinzione di coloro, che accettano o di coloro, che rinunziano, *aliquo accepto*, o *aliquo non accepto*.

Inoltre questa è l'opinione generalmente ammessa nella pratica, ed il testo dell' art. 913 l'è tanto favorevole, che non è più discussa nel foro (2).

785. Vediamo ora la nostra seconda quistione. L'antica legittima ne'paesi di consuetudine non formava una massa devoluta in grosso a tutt' i figli, ma era un assegnamento personale a ciascun figlio in proporzione di quello, che avrebbe avuto, se fosse succeduto *ab intestato* (3).

Da questi principî si ricavava una conclusione rimarchevole, ed era, che ciascun figlio dovendosi trovare contento (sono i termini di Ricard), quando aveva la quota personale, che gli era legalmente deferita, la quota del figlio rinunziante volgeva a profitto del legatario universale (4).

Furgole insegnava un'altra dottrina pe'paesi regolati dal dritto scritto. Fondandosi sulla Novella 18 (che modifica la legge 8, D. *De inoff. test.*), sosteneva, che la legittima non era addetta a ciascun figlio in particolare come una porzione della successione, ma che la quota riservata era assegnata tutt'i figli per farne la divisione tra loro in uguali parti e porzioni (5); d' onde ricavava la conseguenza, che la parte del rinunziante si accresceva *jure accrescendi* agli altri figli. L'opinione di questo dotto autore era generalmente seguita ne'paesi di dritto scritto (6). Però era troppo difficile di accomodarla all'art. 298 della consuetudine di Parigi per farla ricevere ne' paesi di consuetudine. Sicchè vera ne' paesi regolati del dritto romano, cessava di esserlo sotto l' impero delle consuetudini.

Il Codice Napoleone, come di già l' abbiamo detto, dividendo il patrimonio del padre di famiglia in due parti, ha devoluto la quota disponibile *in solidum* agli eredi riservatari, perchè questa quota formasse la successione; ha voluto dippiù, che la parte dell' erede rinunziante si accrescesse a' suoi coeredi (articolo 786). D' onde siegue, che gli eredi del sangue, impossessenti della successione, profittano della legittima dell' erede, che rinunzia. Il Codice ha adottato ne' suoi risultamenti un sistema conforme al dritto di Giustiniano, ed a' figli molto più favorevole della legislazione, che faceva passare a'legatari universali la porzione del rinunziante.

786. Ciò ci mena ad una terza quistione ben più delicata, e che formoliamo nella seguente maniera:

« Il figlio, che rinunzia alla successione di » suo padre per limitarsi al dono, che ne ha » ricevuto, deve egli ritenere la sola quota » disponibile fissata dall' articolo 913, ovvero » può ritenere questa quota disponibile e dip» più la riserva? di sorteché gli altri figli debbono trovarsi contenti, se ricevono quello, che avrebbero ricevuto, ove la quota disponibile fosse stata data ad un estraneo, ed il rinunziante non avesse rinunziato.

Gli autori ed i Tribunali si sono divisi sull' affermativa e la negativa, ed un profondo dissentimento esiste da trent' anni su questa grave quistione, sia nelle idee del Nord, sia nelle idee del Mezzogiorno, sia negli autori di tutte le scuole, sia nella giurisprudenza (7).

Del resto tutti convengono che il figlio rinunziante non ha azione per reclamare la sua legittima, poichè questa legittima fa parte dell' eredità, ed egli ha rifiutato la qualità di erede; ma la difficoltà comincia, quando avendo ricevuto da suo padre una donazione uguale al valore della sua legittima ed alla quota disponibile cumulate, per conservarla si difende con una eccezione contro l' azione degli altri figli.

I parteggiani del cumulo della quota disponibile con la riserva fanno valere le ragioni

(1) *De legitima*, 1, 4, 3, n. 42.
(2) *Contra*, Delvincour, nota 7 della pag. 65. Valette, *Dritto*, 17 dicembre 1845. Ginoulhiac, *Rivista straniera*, 1846, p 467. Marcadè, t. III, n. 536.
(3) Arg. dall' art. 298 della Consuetudine di Parigi.
(4) Lebrun, *luog cit.*
(5) Furgole, *luog. cit.* n' 144 e 148.
(6) Merlino, *De legitima*, 1, 4, 3, n. 42, e cita Paolo di Castro ed altri.
(7) *Rivista di legislazione*, 1843, vol. 2, art. del Sig Pont. *Rivista straniera* 1844, p. 630. Zachariae, t. V pag 144.

seguenti (1) la cui gravezza non isfuggirà a veruna mente attenta:

« L'antica legislazione, alla quale bisogna « sempre ricorrere per rischiarare le difficoltà « delle leggi attuali, davano al figlio rinun- « ziante la facoltà di ritenere oltre la sua do- « nazione una quota uguale alla sua legittima, « ed egli faceva tutto quello, che la legge l'ob- « bligava di fare, se pagava a'legittimari tut- « to ciò, ch'era loro dovuto a tal titolo. La « Novella 92 ne conteneva un'espressa dispo- « sizione pe' paesi di dritto scritto. »

« In quanto a'paesi di consuetudine, sebbe- « ne fosse necessario di essere erede per inten- « tare l'azione della legittima, non era neces- « sario di avere questa qualità per conservare « questa legittima in linea di eccezione, e per « respingere l'azione di riduzione dell'oggetto « donato. Il che veniva insegnato da Dumou- « lin, Ricard, Pothier e tutt'i Giureconsulti.

« Ricard (2) dopo di avere detto di non do- « versi far entrare nella calcolazione della le- « gittima i figli, che non prendono parte, sia « per incapacità, sia per effetto di una rinunzia « pura e semplice, aggiunge: Ciò che abbia- « mo stabilito in generale deve ricevere a mio « avviso la sua eccezione, quando il figlio, « che non prende parte alla legittima, non è « assolutamente incapace, e non ha rinunziato « puramente e semplicemente, ma *aliquo ac- « cepto*, come quando il figlio, che ha ricevu- « to qualche cosa dalla liberalità di suo padre, « trovando maggiore vantaggio a conservare « ciocchè gli è stato donato, che azzardarsi di « conferire alla massa a profitto degli altri « quel, che ha ricevuto dippiù, rinunzia (3).

« Tale è pure la dottrina di Pothier: » Tutti « convengono, egli dice, che se è necessario « d'essere erede per dimandare la legittima in « via di azione, non è necessario di esserlo per « ritenerla in via di eccezione (4) ».

« L'articolo 317 della consuetudine di Pa- « rigi era redatto secondo questi principi, e « l'ordinanza del 1731 li aveva consacrati « col suo articolo 34 »

« Ciocchè l'antica legislazione decideva su « questo punto deve essere seguito sotto il « Codice Napoleone, dapoichè da una parte il « Codice non ha delle disposizioni esplicite re- « lativamente alla difficoltà agitata, e dall'altra « sembra, che nel suo silenzio si debba ricorrere « ai principi, che l'equità e la sana ragione « avevano fatto generalmente ammettere dai « nostri maestri in giurisprudenza. Ciò diviene « soprattutto evidente, se si ha riguardo alle « discussioni nel Consiglio di Stato sull'articolo « 921, dapoichè si vede, che nell'intenzione « dei redattori del Codice la riserva è stata at- « tribuita al figlio, come figlio e non come e- « rede. D'altronde il Codice non ha definito « letteralmente le parole *porzione disponibile*, « ma la ragione dice doversi intendere con ciò « tutto quello, di cui una persona può disporre « senz'attentare alla parte degli eredi riserva- « tari, diversi dal donatario. Di tal chè la « quota disponibile di un padre verso di un e- « straneo è tutto il suo patrimonio, meno la « parte riserbata ai suoi figli, e quella di un « padre a favore di uno dei suoi figli è tutto il « patrimonio meno la parte competente a cia- « scuno degli altri figli, vale a dire tutta la « quota, che era disponibile a favore di un e- « straneo e dippiù la parte di riserva, che la « legge assegna a questo figlio donatario. « D'onde siegue esservi due specie di quote « disponibili, l'una assoluta relativamente agli « estranei, l'altra relativa a favore degli eredi « riservatari. La quota disponibile, di cui par- « lano gli articoli 845 e 919 è una quota re- « lativa, e comprende la quota disponibile or- « dinaria più una parte di figlio.

« Inutilmente si obietta l'articolo 786 del « Codice Napoleone, che decide accrescersi ai « suoi coeredi la parte del rinunziante. Dap- « prima quest'articolo non forma una disposi- « zione nuova, come se ne può essere convinto « gittando gli occhi sul titolo del Digesto *De « adquir. vel omitt. heredit.* Dappoi bisogna « distinguere due specie di rinunzie, l'una « pura e semplice, assoluta, indefinita, che fa « sparire l'erede, e non gli lascia nè dritti nè « qualità. Era ben d'uopo allora di dire cioc- « chè diverrebbe la sua porzione vacante ed in « tutti i tempi la legge l'ha attribuita ai suoi « coeredi. L'altra condizionale, e fatta sola- « mente *aliquo accepto*, la quale è ben diffe- « rente dalla precedente: l'erede non rinunzia « come erede, se non per presentarsi in seguito « come donatario; non scomparisce, ma sola- « mente cambia di parte, e fra due titoli sce- « glie quello, che gli è più vantaggioso. La- « onde non si può dire, che la sua porzione « sia vacante, perchè la raccoglie *alio titulo*.

« Inoltre i figli hanno solamente due vie per « addentare le donazioni fatte dal padre loro, « la via della collazione e quella della riduzio-

(1) Grenier, t. IV, n.i 563 e seguenti. Levasseur, *Porzione disponibile*, n. 159, p. 168. Proudhon, *Consultazione* riportata da Sirey, t. XVIII, 1, 105 Rolland di Villargues, *Dissertazione* in Sirey. t. XIII. 2, 201. Tolosa, 7 agosto 1820 (Devill., 6, 2, 304). Parigi 31 luglio 1821 (Devill., 6, 2, 457). Lione 22 giugno 1843 (Devill., 44, 2, 289). Lione, 13 giugno 1844 (Devill., 45, 2, 551). Montpellier, 14 maggio 1845 (Devill., 45, 2, 550). Tolosa, 9 agosto 1845 (Devill., 46, 2, 6 e 7). Tribunale di Figeac, 4 dicembre 1845 (Devill., 46, 2, 7). Parigi 3 febbraio 1846 (Devill., 46, 2, 62). C. Aix, 27 giugno 1853 (*Gazzetta de' Tribunali* dei 30 ottobre 1855).

(2) Ricard, part. 3.a n. 1063.

(3) Ricard, *luog. cit.* ni 1064 e 1065.

(4) *Donaz. tra vivi*, e su Orleans, *Introd. al tit.* 15, n. 76.

Digitized by Google

« ne. Quella della collezione non può aver luogo, dapoichè giusta gli articoli 843 e 857 la collazione non è dovuta, che tra coeredi, che vengono ad una medesima successione, ed il donatario rinunzia alla successione. Quella della riduzione neppure è praticabile, perchè i figli non possono intentarla, ebe per essere soddisfatti della loro legittima; e nello stato de'le cose, che deriva dalla nostra ipotesi, eglino hanno la loro legittima intatta, ed invece dimanderebbero la legittima del donatario.

« E chi non veda gl'inconvenienti del sistema contrario? Il padre nel fare una donazione universale de'suoi beni ad uno de'suoi figli non potrebbe donargi la di lui legittima, mentre la legge gli vieta di torgliela e sol perchè fosse stata donata a questo figlio, dovrebbe essa appartenere agli altri figli! Bisognerebbe ammettere, che la quota riserbata al figlio non è disponibile a di lui favore, e che il padre non può unirsi alla legge per donargliela: bizzarro risultamento, che fa conoscere la inverosimiglianza del sistema opposto al cumulo. Evidentemente il padre, che dona ad uno da' suoi figli una parte de' suoi beni, non solamente non contravviene alla legge, ma si conforma all'intenzione legislativa, che ha dettato l'art. 913. D'altronde il sistema opposto al cumulo ha un vizio, che nel dubbio deve farlo rigettare senz'eccezione. Tende a restringere la facoltà di disporre, ed a molestare singolarmente il padre di famiglia nelle sue disposizioni per lo stabilimento de' figli. »

787. Quanto stringente sia una tale argomentazione, è ben lungi dall'avere riunita l'unanimità de'suffragi, e si è cercato di confutarla co'principî e lo spirito del Cod. Napoleone(1).

« Quando una legislazione è stabilita su differenti principî della precedente, è impossibile di tirare delle induzioni dall'una all'altra; nondimeno questo è quello, che fanno i parteggiani del cumulo; argomentano da una legislazione abrogata ad una legislazione affatto nuova. Epperò partendo da una base erronea, debbono giungere ad una viziosa conclusione.

« Ed in effetti la riserva stabilita dal Codice non è nè la legittima da' paesi di dritto scritto nè la legittima de' paesi di consuetudine. Non è neppure una porzione della successione *ab intestato* riserbata a' figli dalla legge per assicurare ad essi gli alimenti, ma è una quota indisponibile della successione, determinata col numero de'figli esistenti nella morte del testatore. Non è più, come nel dritto romano una delibazione dell' eredità, ma è per lo contrario la stessa eredità. Non è più come ne'paesi di consuetudine una quota attribuita personalmente a ciascun legittimario in particolare, ma è una massa, che è devoluta loro *in solidum* e della quale sono impossessati tutt'insieme per indi dividersela tra loro.

« Se nel dritto romano l'erede rinunziante poteva ritenere la sua legittima giusta la Novella 92, la ragione si era, che il legittimario non era erede, e che conseguentemente, rinunziando, poteva conservare presso di sè una legittima, che non faceva parte della successione.

« Se ne' paesi di consuetudine, ne'quali per dimandare la legittima bisognava essere erede, si decideva, che il figlio, che rinunzia all'eredità per starsi alla sua donazione, poteva ritenere questa legittima in linea di eccezione, è per la ragione decisiva, che la quota disponibile non era affatto limitata, e che la donazione, a qualsivoglia somma ammontasse, non era soggetta a riduzione, che sino alla concorrenza di quanto era necessario per dare a ciascun figlio la sua legittima personale. D'onde seguiva, che purchè si lasciasse intatta a ciascun figlio la sua porzione particolare, doveva essere contento, e non aveva il diritto di dolersi dell'eccesso della donazione. E siccome la donazione fatta al figlio vantaggiato comprendeva la sua legittima del pari, che gli altri oggetti donati, era chiaro, che poteva ritenerla, purchè indennizzasse gli altri figli della parte legittimaria, ad essi devoluta in dettaglio.

« Tutte queste ragioni non possono aver luogo sotto il Codice Napoleone. La porzione indisponibile forma l'eredità: la porzione disponibile è limitata secondo il numero de'figli esistenti in morte del disponente. La riserva è una massa, che passa in grosso ed indivisa ai riservatari (2). E per conseguenza se uno di loro rinunzia, la sua quota si accresce agli altri (art. 786), e costoro hanno il diritto di reclamarla. Non si può dir loro, che debbono

(1) Toullier, t. V, n. 110. Lescot, t. II, n^i 313, 315 e seguenti. Dalloz, t. V, n. 47. Duranton, VIII, 255. Cassaz., arresto de' 17 febbraio 1818 (S., 18, 1, 98, Devill., 5, 1, 422, conosciuto sotto il nome di arresto Larroque de Mons). Si leggerà con interesse il dotto rapporto del Sig. Poriquet. Faremo rimarcare, che le conclusioni dell'Avvocato Generale Cahier furono contrarie all'arresto della Corte di Cassazione ed al voto del relatore. Si sono pronunziate contro del cumulo la Corte di Parigi 3 marzo 1844 (Devill., 45, 2, 242) e la Corte di Nancy il 17 luglio 1849 (Devill., 51, 2, 394). Ma la Corte suprema ha deciso il contrario, 17 maggio 1813 (Devill., 43, 1, 689). Essa si è pronunziata pel cumulo Altro arresto 21 luglio 1846 (Devill., 46, 1, 826) Cassaz., Sez. de' Ric. 6 aprile 1847 (Devill., 54, 1, 514) Cassaz. civile, 21 giugno 1848 (Devill., 49, 1, 172) Cassaz. civile, 17 luglio 1854 (Devill., 54, 1, 514) Orleans, 5 dicembre 1842 (Devill., 46, 2, 1) Rouen, 10 marzo 1844 (Devill., 45, 2, 242). Riom, 25 aprile 1845 (Devill., 45, 2, 290). Grenoble, 4 agosto 1845 (Devill., 45, 2, 551); 15 dicembre 1849 (Dalloz, 50, 2, 77). Rouen, 29 gennaio 1847 (Devill., 47, 2, 572); 22 giugno 1849 (Devill., 50, 2, 67).

(2) Rouen, 10 (o 3) marzo 1844 (Devill., 45, 2, 242).

coalcularsi della parte che avrebbero raccolto, se non vi fosse stata rpudiazione, perchè la legge non dà nul'a a ciascun figlio, preso isolatamente, ma dà a tutt'i figli in comune (1).

« Epperò non v'è verun' analog'a da trarre dalla legge antica per la legge attuale; il Codice civile ha creato sulle riserve un nuovo sistema, tutte le parti del quale debbonn interpretarsi le une per mezzo delle altre, e secondo lo spirito, che ha diretto il legislatore.

« Vanamente si dice, essere la riserva attribuita alla qualità di figlio e non alla qualità di erede, percioccbè questo è un errore insostenibile. La pruova, che il Codice Napoleone considera il riservatario come solo erede, si è che gli dà il possesso de' beni dopo la morte del testatore, e che il legatario anche universale è obbligato di dimandargli il rilascio (2); il perchè è stato giustissimamente deciso, che il figlio, che rinunzia alla successione per tenersi al'a riserva, non rinunzia, e ritiene la qualità di erede annessa alla riserva (3). Poco monta il dire, che si può avere il possesso dei beni senz' essere erede, come l'esecutore testamentario ed il figlio *assegnatario* (*douairier* (a)) di alcune antiche consuetudini. Imperocchè allora il possesso è dato ad un titolo differente di quello di erede, e questo titolo è fisso e noto; è quello di esecutore testamentario e di assegnatario (*douairier*). Ma nel caso nostro a qual titolo il possesso de' beni sarebbe aanesso, se non al titolo di erede? Il figlio ne ha forse un altro possibile? Dapoichè è da credere, che non si dica più, che il titolo di figlio procura il possesso de' beni, comechè nel dritto romaao il figlio, semplice legittimario, non l'aveva, ed esso era devoluto agli eredi *ex testamento*, per la ragione, che il figlio non era, che figlio e non erede della legge. I discorsi de' redattori del Codice Napoleone non sono per nulla un ostacolo al sistema, che sostenghiamo. Si è potuto dire nel Consiglio di Stato, discutendo l'art. 921, che la riserva era donata al figlio, ma si trattava di un caso particolare, che faceva eccezione. Ed in effetti nel caso di quest' articolo si è data la riserva al figlio come figlio, affinchè il creditore non possa spogliarlo. Ma quest' anomalia è unicamente relativa al creditore, e non va al di là.

« Senza dubbio il Codice non ha dato la definizione delle parole *quota disponibile* e *riserva*, ma ne ha fatto la più precisa descrizione, quella, che può meglio fissare la mente sul vero senso di queste espressioni; esprime il suo pensiero con un' operazione matematica, che divide il patrimonio del padre di famiglia in due parti, di cui l'una calcolata sul numero de' figli è libera nelle mani del proprietario, che può darle a suo grado la destinazione, che gli conviene; l'altra rimane in riserva per formare l' eredità, e dividersi trai figli legittimari.

Questa quota disponibile è una a riguardo di tutti; è invariabile (b) secondochè vi sono più o meno figli alla morte del disponente, e solo per una confusione d'idee si dice, esservi due quote disponibili l' una relativamente agli estranei l' altra relativamente a' figli. Il Codice non ha fatto questa distinzione, e non poteva farla nel sistema, che ha creato. Indubitatamente il padre di famiglia può con una clausola espressa riunire sulla testa di uno de' suoi figli la quota, di cui poteva disporre verso un estraneo, e la di lui parte di figlio. Però non ne s'egue, che questo figlio vantaggiato tenga queste due cose a titolo di quota disponibile, ma deve raccoglierle per due titoli differenti, che ostinatamente si vuole confondere insieme. La parte di figlio non può prenderla, che a titolo di erede, perchè la legittima è *pars haereditatis*. La quota disponibile non la prende, che come donatario estraneo. La quale proposizione, se è vera, ne procede necessariamente, non esservi che una specie di quota disponibile, e solo per abuso di parole, se ne crea una relativamente a'figli; ne deriva pure, che le parole *riserva e quota disponibile*, presentano due sensi differenti, e che ciò, che si ha a titolo di riserva, non si può avere a titolo di quota disponibile, l' una essendo la stessa eredità, l'altra non essendo, che una del bazione dell' eredità. Quindi è falso il dire, che il figlio vantaggiato possa raccogliere a titolo di quota disponibile la quota disponibile ordinaria, più una parte di figlio.

« È un colore, che non ha nulla di reale, il dire, come il Sig. Proudhon, che la parte di figlio è disponibile del padre al figlio, dapoichè non vi è più ora a parlar propriamente una parte, che si possa chiamare parte di figlio, ma vi sono soltanto una quota disponibile ed una quota indisponibile. Questa è data indivisamente a tutt' i figli, di tal chè l' indivisione non cessa, che pel loro concorso, vale a dire col prendersi delle parti uguali. Ma se uno di loro non prende la sua parte, l' indivisione non si verifica per rispetto a lui (c), e la solidità resta a coloro, che raccolgono; questo è il dritto di accrescimento, consacrato dall' Art. 786 del Codice Napoleone.

« A che servirebbe al padre di donare a

(1) *Ibid.*
(2) Art. 917, 1004, 1006, 1009, 1011 Cod. Nap.
(3) Cassazione, sez. de' Ricor. 29 marzo 1842 (Devill., 42, 1, 461).
(a) Chiamavasi *douairier* il figlio, che rinunziava all' eredità paterna, contentandosi de' beni assegnati alla madre col contratto nuziale. — *Il traduttore.*
(b) Così dico nel testo, ma forse è un errore tipografico, perchè pel Codice Napoleone la quota disponibile varia secondo il numero de' figli. — *Il traduttore.*
(c) Egli non ha parte indivisa nella riserva.
Il traduttore.

suo figlio ciò, che la legge gli attribuisce, e ch' egli non gli può togliere? Non sarebb'egli, che donerebbe, sarebbe la legge, nè egli potrebbe donare, che sotto le condizioni richieste dalla legge ed allo stesso titolo della legge. Ora la legge uoo dona, che all' erede: dunque il padre di famiglia non può, più potente della legge, donare la porzione riserbata e legale a colui, che ooo si facesse erede. Ch'egli eserciti il suo potere, come vorrà, su' beni disponibili, ma che rispetti questa parte sacra, che la legge ha voluto mettere al di sopra di tutte le disposizioni capricciose. Permettendo a suo figlio di prendere la riserva senz'essere erede, disporrebbe di una cosa dichiarata indisponibile, e la legge, che conserva sempre il suo impero, non permetterebbe, che per un capriccio venisse a modificare le condizioni, dalle quali essa fà dipendere il dritto di concorrere nella divisione della quota disponibile. Per lo che bisogna, che il figlio, cui la sua parte di legittima è stata donata per anticipazione, si faccia erede per ritenerla, poichè questa parte è *legittima pars haereditatis*. Se ripudia, la sua parte si accrescerà a' figli suoi coeredi, e non potrà ritenerla neppure per eccezione; imperciocchè non si può ritenere per eccezione, se non quando l'attore non ha dritto e per conseguenza non ha azione. Ma qui i figli accettanti hanno un dritto, ch' è solamente limitato, dalla detrazione della quota disponibile, e che comprende la intera quota indisponibile, quale si sia il numero di coloro, che si dichiarano eredi.

Non si può ammettere la distinzione, che fanno i parteggiani del cumulo tra la rinunzia pura e semplice e la rinunzia fatta *aliquo accepto*. Per certo codesta distinzione era perfettamente fondata sotto di una legislazione, che non dava a' legittimari il dritto di fare ridurre l' *aliquo accepto*, quando avevano ricevuto la loro quota personale. Ma ora è senza oggetto, perchè i riservatari hanno azione per fare ridurre le donazioni eccessive de' loro autori, non già sino alla concorrenza della loro parte virile, giacchè la legge non ne determina alcuna, ma sino alla concorrenza della quota fissata dall'art. 913.

« Il ragionamento fatto per dare un' ombra di colore a questa distinzione, sembra di una facile confutazione. « Il figlio vantaggiato, si « dice, non rinunzia com' erede, che per pren« dere come donatario; tra due titoli sceglie « il più favorevole ». Ma bisognerebbe provare, che questo figlio può raccogliere come donatario ciò che è attribuito soltanto alla qualità di erede; bisognerebbe provare, che in quanto concerne la riserva ha la scelta tra il titolo di erede o quello di donatario. Ed è chiaro per lo contrario, che questi due titoli non possono coesistere per prendere la parte del patrimonio destinato a' figli. Per la qual cosa se il figlio vantaggiato ripudia, viene considerato di non essere mai stato erede, e la sua parte rimane vacante, onde ne profittano i suoi coeredi nella riserva, ed egli ritiene unicamente i beni, che compongono la quota disponibile, spettante ad un estraneo.

« Il dilemma, per lo quale i parteggiani del cumolo vogliono fare trionfare il loro sistema, non è più concludente di tutto il resto. Si conviene, che la via della collazione non sarebbe utile per raggiungere la donazione eccessiva, perchè la collazione non può aver luogo fra coeredi, ed il figlio vantaggiato ripudia nella nostra ipotesi a questa qualità. Ma si ragiona su di un errore materiale, quando *ex adverso* si sostiene, essere l'azione di riduzione del pari inammessibile. Ed in effetti con qual dritto potrebbe dirsi a' figli, che dimandano una riduzione, doversi essi contentare d'una porzione virile? Ov'è il testo della legge, che loro l' assegna per capi e partitamente? Non sarebbe un ricondurli sotto il giogo d' una legislazione abrogata, che li ridurrebbe ad una porzione congrua del a successione *ab intestato*? Il Codice non è forse partito da dati, tutto affatto differenti? Non ha forse devoluta la legittima a tutt' i figli collettivamente senza determinazione di parti individuali? Eppercò non è mille volte evidente, che questa porzione non può decrescere per la ripudiazione di uno o più de' figli, e che quelli, che restano, dovendo raccorla intatta, hanno un' azione per fare ridurre sino alla dovuta concorrenza le donazioni, che hanno ad essa attentato?

« Le considerazioni, che si aggiungono, per rendere quest' ultimo sistema sfavorevole, sono non solo fuori luogo, dapoichè il giudice deve decidersi non per delle considerazioni ma pel testo stesso della legge, ma sono inoltre basate su d' ipotesi intieramente false. Ed in effetti non è vero il dire, che l' esclusione del cumulo molesta il padre nella situazione dei suoi figli, dapoichè può egli trovare tutta la possibile latitudine nella facoltà di donare all'uno di loro per preesapienza ed antepartè. Ma come gli avversari non hanno veduto, che la loro dottrina tende a contrariare le volontà del disponente ed a rovesciare la divisione, che avesse voluto fare della sua successione? Non si sa forse, che le donazioni fatte dal padre ad uno de' suoi figli senza clausola di precapienza non sono considerate fatte, che in anticipazione di successione? E quindi non si scorge forse immediatamente, che col non dispensare dalla collazione il figlio donatario della quota disponibile, il padre di famiglia non ha voluto vantaggiarlo al di là del a sua porzione ereditaria? Su qual fondamento adunque si vorrebbe che questo figlio cumulasse la sua parte ereditaria con la quota disponibile? (1) Per con-

(1) Arresto di Rouen, 10 (o 3) marzo 1844 (Devill, 46, 2, 242). Sent. del Tribunale civile di Nyons 10

sacrare questi principî sovversivi bisognerebbe (come energicamente lo ha detto il sig. Poriquet) distinguere ove il Codice non ha distinto; dare al figlio, che ripudia la qualità di erede, quel che avrebbe avuto come erede; dire, che le liberalità possono eccedere la quota, di cui è permesso di disporre; che si è impossessato di una parte della successione senza essere erede; che gli eredi non sono impossessati di pieno dritto di tutt' i beni dritti ed azioni del defunto; e che la parte de' rinunzianti loro non si accresce. In una parola sarebbe un contravvenire a tutte le disposizioni fondamentali del dritto su questa materia. »

788. Quest'ultimo sistema che abbiamo riassunto con una fedele inparzialità, ha avuto lungo tempo per lui l' imponente autorità del'a corte di Cassazione, e questa autorità ha trascinato sotto la sua bandiera più di un grave giureconsulto, anche al prezzo di docili ritrattazioni (1). Dopo il 1818, data del famoso arresto, conosciuto sotto il nome di arresto Larroque de Mons, si era abituato a riguardare la corte di Cassazione come l' invariabile avversario del cumolo. Confesso, che io stesso ho di buon'ora formata la mia opinione sull' arresto Larroque de Mons, del resto benissimo motivato, e fatto per produrre una viva impressione. Ma più tardi e dopo lunghi anni passati in questa confidenza un subitaneo voltar di bordo si è operato, e la Corte di Cassazione si è pronunziata a favore del cumulo; ed io credo, che questo cambiamento è del numero di quelli, che segnano un notabile progresso nella giurisprudenza (2).

Questa grande innovazione non si è compita, come spesso si è detto, nel 1843, ma nel 1834 per l'arresto Castille non meno importante, nè meno memorabile dell' arresto Larroque de Mons (3). Quel che ha fatto illusione a taluni interpreti è, che la quistione è stata sciolta in queste arresto a proposito di una quistione d' imputazione. Ed in effetti trattavasi in prim'ordine di sapere, se una donazione fatta per anticipazione di successione in un contratto di matrimonio dovesse essere imputata nella porzione disponibile o nella riserva in caso di rinunzia della figlia donataria. Ma in secondo ordine nasceva la quistione, se l' imputazione dovendo essere fatta nella riserva, la figlia rinunziante dovesse circoscrivere la donazione alla parte, che avrebbe avuto nella riserva, se non avesse rinunziato, ovvero, se poteva farsene pagare così sulla riserva, che sulla porzione disponibile. Il tribunale di prima istanza d' Uzes e la Corte di Nimes, considerando, che il padre aveva fatto una semplice anticipazione di successione, avevano deciso, non avere la figlia ricevuta, che un anticipazione sulla sua riserva, ma avevano nel tempo stesso deciso, che quest' ultima non potesse ritenere la sua donazione, che sino alla concorrenza della riserva legale, per lo che avevano escluso il cumulo. Ma la Corte di Cassazione adottando il sistema dell' imputazione della donazione sulla riserva, decise espressamente, che la figlia donataria poteva e doveva farsi pagare della sua donazione prima dalla riserva e poi dalla quota disponibile. E così fu deciso dalla Corte di Aix, cui la causa fu rinviata dopo la cassazione (4). Questa corte imperiale riformò ciò, che il primo Giudice aveva pensato, cioè che l' anticipazione di successione non doveva prendersi, che sulla riserva, e decise che la donazione doveva restar ferma per lo intiero; che non essendo stata rivocata per alcun fatto qualunque, e d' altronde essendo irrevocabile di sua natura, doveva avere effetto per lo tutto, cumulandosi la riserva con la quota disponibile. Epperò è certo, che l' arresto Castille è il principio del cambiamento di giurisprudenza, che notiamo, e l' avvocato generale signor Hello l' interpretava esattamente, quando nel 1843 lo presentava come fornito di questa alta importanza (5). Ed in vero egli devia dalla strada tracciata dall' arresto Larroque de Mons; vuole, che un figlio rinunziante possa prendere la sua donazione sulla riserva, vale a dire su quella parte dell' eredità, che l' arresto Larroque de Mons aveva dichiarato essere del tutto straniera al figlio, che aveva rinunziato.

Quanto all' arresto della Corte di cassazione

gennaio 1844 (Devill., 45, 2, 244), confermato in appello dalla Corte di Grenoble, il 4 agosto 1845 (Devill., 45, 2, 531).

(1) Grenier, t. IV, n. 566 *bis*; Chabot, *Success.*, sull' art. 845.

(2) Tale non è l'opinione del Sig. Coin-Delisle nella sua dissertazione intitolata: *Limite del dritto di ritenzione dal figlio donatario rinunziante.*

Il Sig. Moulin, in un articolo del *Dritto* de' 30 marzo 1853, crede a torto, che questo cambiamento di giurisprudenza è stato obietto di una riprovazione universale.

(3) 23 marzo 1834, cassazione di un arresto di Nimes (Dalloz, 34, 1, 159). Si è voluto ascendere più in alto per trovare l' origine di questo cambiamento di giurisprudenza, e si è citato l' arresto S. Arromans degli 8 di luglio 1826 (*infra*, n. 985) e l' arresto Mourgues degli 14 di agosto 1829 (Devill., 9, 1, 352). Giornale del Palazzo alla sua data; (*infra*, n. 987 *in fine*). Ma l' errore è passabile, e bisogna guardarsi da una tale confusione, perocchè questi due arresti non giudicano, che una quistione d'imputazione, ed affatto una quistione di cumulo nel caso di rinunzia. Nell' arresto S. Arromans non vi era la minima apparenza della nostra quistione, non essendovi neppure un erede, che rinunziava per serbare la donazione. Nell'arresto Mourgues, vi era per verità, un erede che aveva rinunziato, ma i suoi coeredi si erano concordati per lasciargli volontariamente tutto l'effetto della donazione. Non vi era nessuna contestazione sull' estensione di questa donazione, e tutta la causa era tra il fratello e la sorella di quest'erede per sapere, se per fare tra loro la liquidazione, bisognava imputare la donazione, fatta al rinunziante, sulla riserva o sul disponibile.

(4) 13 febbraio 1835 (Dalloz, 35, 2, 97).

(5) Devill., 43, 1, 693.

dei 17 di maggio 1843, che cassa un arresto della Corte d'Angers, continua ed allarga le vie aperte all'arresto Castiglia (1).

La vedova Leproust aveva fatto ai suoi due figli Luigi e Clemente un' anticipazione di successione di 550 franchi per ciascuno, e morì, lasciando 4 figli. Luigi dichiarò di rinunziare alla successione per starsi alla donazione; Clemente non rinunziò.

Il tribunale di prima istanza aveva pensato con l'arresto Larroque de Mons, che la rinunzia di Luigi lo rendeva un estraneo; epperò non aveva dritto alla riserva; che non poteva prendervi nulla, e che dovava contentarsi della porzione disponibile senza la legittima. La corte di Angers confermò questa decisione, ma il suo arresto fu cassato, come siegue:

« Attesochè il padre di famiglia non può attenuare la riserva legale in pregiudizio dei suoi figli:

« Che se egli ha disposto in favore di uno di loro, la rinunzia di costui alla successione paterna per starsi alla donazione, a lui fatta, non ha altro risultamento, che di dargli il dritto di ritenere nei limiti della legge quello, che gli è stato donato: ma che con ciò egli non abdica la sua parte nella riserva legale, alla quale la sua qualità di figlio gli dà dritto; che ciò risulta dalla combinazione degli articoli 845 e 919 del Codice Napoleone (a); da che siegue, che decidendo, che il figlio donatario, che rinunzia alla successione paterna, perda la sua legittima, perchè non è più erede, l'arresto attaccato ha violato le leggi precitate, ecc. ecc. ».

Si toccherà facilmente col dito l'intimo legame di questo arresto con l'arresto Castiglia. Nell'arresto Castiglia come in questo la riserva è data al figlio rinunziante, perchè figlio, e non perchè erede; nel primo arresto come nel secondo si permette a questo figlio di ritenere la totalità della donazione nei limiti della legge, e di unire con ciò la riserva alla quota disponibile.

Ora per dimostrare quanto è completo il cambiamento di giurisprudenza, faremo rimarcare, che nell'arresto Larroque de Mons era un figlio, cui sua madre aveva fatto una donazione in matrimonio, talmente larga, che si avrebbe potuto considerarla come universale; era una donazione, che (come faceva rimarcarlo il signor Proudhon in una consultazione data sull'affare) (2) equivaleva a ridurre gli altri figli alla loro legittima, donando tutto il dippiù all'altro. perciocchè Larroque de Mons era donatario di tutti i beni col peso solamente di sopportare la detrazione per la legittima dei suoi fratelli e delle sue sorelle; laonde questa donazione non poteva sussistere nella intenzione della madre donatrice, che col riunire a tutta la porzione disponibile una parte di figlio. In questa posizione Larroque de Mons diceva: Mia madre mi ha donato tutto il suo patrimonio, meno la riserva degli altri figli. Forse questa disposizione può soffrire delle difficoltà? Forse non era tutto suo disponibile a mio riguardo, eccettuata la legittima dei miei fratelli e delle mie sorelle? Bisognerebbe dunque, se fosse altrimenti, che la mia legittima per me fosse travestita in legittima per gli altri; bisognerebbe, che mia madre non avesse potuto disporre a mio favore della mia propria legittima; bisognerebbe dunque, che essa appartenesse agli altri senza tenersi conto di essere stata donata a me stesso.

Nonostante queste ragioni, nonostante la volontà chiaramente manifestata dalla madre, la Corte di Cassazione nel rigettare il ricorso prodotto contro l'arresto della Corte di Bordeaux de' 30 di gennaro 1816 decise il 18 di febbraio 1818, che la rinunzia del figlio gli facea perdere ogni dritto alla sua legittima, e Larroque de Mons fu condannato a contentarsi della sola quota disponibile, senza potervi aggiungere nulla della riserva (3). Ecco il senso dell'arresto Larroque de Mons.

Negli arresti Castille e Leproust trattavasi pure di donazioni, che sebbene qualificate di anticipazioni di successione, non potevano sussistere, che riunendo alla riserva una parte della quota disponibile. Sicchè in sostanza era la stessa quistione dell'arresto Larroque de Mons, malgrado qualche leggiera diversità nei fatti. Se la Corte avesse voluto persistere nella sua giurisprudenza, avrebbe escluso dalla riserva i figli rinunzianti. Nondimeno nol fece, e gli ammise a cumulare la loro legittima con una frazione della quota disponibile necessaria, onde la donazione sussistesse nel suo intiero.

Vi è dunqua abbandono meditato e ripetuto della prima giurisprudenza, e la quistione si trova decisa *in terminis* nel senso del cumulo.

789. Riassumiamo ora le idee, alle quali la giurisprudenza sembra di essersi fissata.

Il figlio, che rinunzia, non abdica con ciò il suo dritto alla legittima, della quale è mercè una donazione impossessato. Questa legittima è dovuta alla sua qualità di figlio unito a quella di donatario senzachè abbia bisogno della qualità di erede; epperò nulla vieta, che per ritenere la sua donazione egli cumuli una parte di figlio alla porzione disponibile. Gli altri figli debbono tenersi per soddisfatti, quando ritirano intatta la loro legittima.

Per conseguenza o che la donazione sia semplicemente una donazione fatta per antici-

(1) Devill., 43, 1, 690.

(a) Corrispondono agli articoli 764 e 835 delle Leggi civili. — *Il traduttore.*

(2) Devill., 5, 1, 429.

(3) Devill., 5, 1, 432.

Digitized by Google

pazione di successione, o che sia concepita in modo da comprendere simultaneamente un'anticipazione di successione e la quota disponibile, deve sempre essere mantenuta nel limite legale a favore dell'erede, che rinunzia alla successione, e per raggiungere questo risultamento non bisogna esitare ad aggiungere la riserva al disponibile o il disponibile alla riserva. La donazione in anticipazione di successione non esclude il dritto del rinunziante d'imputare la donazione dapprima nella riserva e poi nel disponibile, perocchè essa forma per lui un titolo irrevocabile, ed è d'uopo, che produca tutto il suo effetto, se non torna l'eccesso delle donazioni inofficiose. E s'è necessario, che il disponibile sia messo a contribuzione per assicurare questa irrevocabilità, bisogna prendere su questa parte del patrimonio quello, ch'è necessario: tal'è la conseguenza della irrevocabilità della donazione (1).

Anche quando il padre di famiglia dopo di avere dato a Primo un'anticipazione di eredità, donasse a Secondo la quota disponibile, Primo nel rinunziare alla successione per tenersi alla donazione, avrebbe il dritto di ritenerla dapprima sulla riserva e sussidiariamente sul disponibile; nè la donazione posteriore del disponibile fatta a Secondo può attentare ad una donazione anteriore irrevocabile (2).

790. Con ciò si trovano escluse le obliquità intermediarie immaginate da un arresto di Caen del 25 di luglio 1837 (3).

Gian Giacomo Stefano Leboucher muore lasciando sei figli, de' quali cinque rinunziano alla sua successione. Tra questi ultimi tre avevano ricevuto un'anticipazione di eredità, cioè la signora Legrain, Gabriele Leboucher, e la signora Dudonney. Un solo, la signora Dionis, accettò col beneficio dell'inventario. Ella sostiene, che per la rinunzia de' suoi fratelli e delle sue sorelle tutte le parti de'rinunziati nella riserva accrescono a lei; che per conseguenza ella deve ricevere i tre quarti dell'eredità, e che i tre figli donatari e rinunzianti debbono contentarsi della quota disponibile e dividerla tra loro. I donatari per lo contrario rispondono, ch'essi hanno il dritto di conservare le loro donazioni sino alla concorrenza della parte di ciascuno nella riserva, ma il primo donatario pretende inoltre di avere il dritto di aggiungere alla sua riserva legale tutto il disponibile.

La Corte di Caen ha esaminata questa posizione sotto un doppio rapporto; dapprima in riguardo a' donatari rinunzianti e del figlio accettante, in seguito relativamente a' donatari tra loro.

Nell' interesse de' figli, dice la Corte, sono state apportate delle restrizioni alle liberalità del disponente, e si è divisa la sua fortuna in riserva e quota disponibile. Il perchè è permesso al padre di dare ad uno de' suoi figli la quota disponibile, e con più forte ragione di dargli per anticipazione di eredità ciò, che gli è interdetto di disporre a favore degli estranei.

Egli non fa torto ad alcuno, agisce nel senso della legge, dando con la propria volontà quel, che la legge promette con la sua.

Ciò premesso colui, che dona per anticipazione di successione, non può ragionevolmente essere riputato, avere voluto donare tutta o parte della quota disponibile prima di essersi liberato verso il figlio donatario della di lui quota nella riserva. Si presume sempre, che uno si liberi da un'obbligazione prima di fare una donazione di beni, de' quali si può disporre a favore di altri individui. Sicchè le donazioni fatte a' figli sono sempre presunte doversi dapprima imputare nella riserva.

Si dirà forse, che per prendervi parte bisogna essere erede? Affatto.

Le donazioni tra vivi non sono riducibili, che per assicurare a' figli la loro riserva legale; il dritto de' figli alla riserva legale è attribuito in ragione della loro qualità particolare di discendenti; esercitandola non sono sottoposti a tutte le obbligazioni imposte agli eredi (art. 921 (a)). Quando i figli dimandano la riduzione, non hanno altro oggetto, che di avere la parte, che la legge loro attribuisce nella riserva legale, riserva, ch'è stata stabilita tanto nell'interesse di colui, che l'ha ricevuta in vita di suo padre, che di colui, ch'è obbligato di dimandarla dopo la di lui morte.

Questa riserva è fissata secondo il numero de'figli esistenti all'epoca della morte e non secondo il numero de' figli, che accettano.

Il figlio, che rinunzia per tenersi alla sua donazione, si difende per via di eccezione per conservare quel, che suo padre gli ha donato. Ritenendo la sua donazione, deve dunque imputare dapprima sulla riserva legale, ed il dippiù sulla porzione disponibile.

Ma questa doppia imputazione ha de' limiti, ed è qui, che la Corte di Caen s'occupa della posizione de'donatari fra loro. Essa s'impadronisce dell'art. 845 (b), ne pesa i termini, e ne conclude, che l'imputazione si deve fare per modo, che ogni donazione si racchiuda ne' limiti della quota disponibile.

Per questo mezzo essa dire si rende facile ed equa l'applicazione dell'art. 845. Così quando vi sono più donatari si dà al primo una parte di figlio ed una parte nella quota disponibile per tal modo, ch'esso non possa conservare in tutto che la quota disponibile; si dà al

(1) Arresto Leproust.
(2) Arresto Castille, precitato. Lione 2 marzo 1836. (Devill., 36, 2, 566).
(3) Devill., 37, 2, 436.

(a) Corrisponde all' art. 838 delle Leggi civili. *Il traduttore.*
(b) 764 delle Leggi civili. — *Il traduttore.*

secondo la sua riserva e ciò, che resta della quota disponibile, ma di maniera che in tutto non possa avere più della quota disponibile; e così di seguito relativamente agli altri donatari sino a che la porzione disponibile sia esaurita, gli ultimi donatari conservando solo la loro parte nella riserva. Così ritenendo l'articolo 845, si conforma per quanto è possibile alla volontà presunta del donante, che non aveva fatto, che delle donazioni soggette a collazione, e si fa produrre effetto alle ultime donazioni, conservando il più ch'è possibile l'uguaglianza tra' figli.

« Se si decidesse diversamente, si farebbe dipendere la sorte delle donazioni posteriori dalla volontà de' primi donatari, il che non potrebb' essere ammesso.

Ma ciò che potrebb' esserlo anche meno, si è, che il figlio accettante riducesse le donazioni fatte da suo padre a gli altri figli, di maniera da farli considerare come estranei e da spogliarli di quella qualità di figlio, che attribuisce loro una riserva. Così nella specie non si potrebbe ammettere, che la signora Dionis prendesse i tre quarti della successione, riducendo le donazioni de'suoi fratelli e sue sorelle, e condannasse costoro a contentarsi del quarto disponibile da dividersi tra loro.

Per tutti questi motivi la Corte autorizza la donna Legrain a ritenere su'valori donatile da suo padre primieramente la sua parte di figlia e dippiù una frazione della quota disponibile ma per modo, che in tutto la donazione non ecceda la quota disponibile; autorizza Gabriele Leboucher secondo donatario a fare lo stesso; decide che la Signora Dudonney, contenta della sua donazione, non debba subire riduzione, perchè questa donazione è inferiore alla somma uguale alla quota disponibile.

Questo arresto è stato trovato ingegnoso, ed io non dico il contrario; ma in giurisprudenza ciò ch'è ingegnoso non è sempre vero, e ciò può dirsi di questa decisione. Essa dà un senso forzato all'art. 845 del Codice Napoleone, volendo, che tutte le donazioni per anticipazione di eredità siano ridotte ad una cifra uguale, vale a dire alla cifra della porzione disponibile, sino a che questa porzione venga esaurita; mette le anticipazioni di eredità a livello di un limite, ad un dipresso uguale alle legittime; la verità è, che le prime donazioni fanno ostacolo alle seconde, perchè sono irrevocabili, ed il padre di famiglia non può attentarvi. Una donazione non è riducibile nell'interesse di un'altra donazione, ed è soggetta a riduzione soltanto nell'interesse della legittima. Una seconda donazione adunque non fa ostacolo alla prima, ed al contrario la prima vince la seconda. La Corte di Caen è caduta in un errore così forte come quello del Tribunale di Uzès, che nell'affare Castille aveva creduto di dover limitare l'anticipazione di successione alla legittima. La Corte di Caen la limita alla cifra della porzione disponibile; il che non và meglio. L'Arresto Castille ha stabilito, che la prima donazione debba pagarsi a spese della seconda ne' limiti della legge (1). Così esige il principio della irrevocabilità della donazione.

791. Ora che abbiamo stabilito il vero stato della giurisprudenza della Corte di Cassazione, ricerchiamo, se questa giurisprudenza è nel vero.

Quando si è fatto il Codice, è certo, che si è temuta la preferenza troppo grande di figlio a figlio (2), ma si è voluto ancora, che questa preferenza, comunque riuscisse a delle marcate ineguaglianze, potesse in certi casi verificarsi.

L'art. 919 (a) n'è una manifesta pruova (3). Con quest'articolo il legislatore ha permessa l'ineguaglianza tra' figli (4); questo è un punto incontrastabile.

Però è stata permessa unicamente sotto la condizione di adoperare il modo indicato dall'art. 919 del Cod. Napoleone, vale a dire la donazione con la clausola di precapienza ed anteparte?

Tal'è la quistione, che qui si discute, e nella quale si tratta di giungere all'ineguaglianza per la via della rinunzia alla successione e della ritenzione della donazione.

Su questo punto è difficilissimo di argomentare esclusivamente e dal dritto romano e dal dritto consuetudinario. Il primo ben si accorda col Codice Napoleone per vedere nella legittima una massa assegnata *in globo* a tutt'i figli, salvo di dividerla in seguito. Ma a differenza del Codice Napoleone la legittima per esso non è la eredità, e si può prenderla senza essere erede.

Da un'altra parte, se il dritto consuetudinario è di accordo col Codice Napoleone per vedere nella riserva la stessa eredità, ne differisce in quantochè non vede nella legittima, che un assegnamento individuale, del quale ogni figlio deve trovarsi contento senza potere pretendere, che la parte del rinunziante gli accresca.

Epperò bisogna nè confidarsi tuttaffatto al dritto romano, nè abbandonarsi senza distinzione al dritto consuetudinario, ma bisogna conciliare i loro principi con le modificazioni, che il Codice ha fatto loro subire. Vi è da tenere un saggio ecletismo, simile a quello, cha aveva guidato Dumoulin, allorchè messo in presenza del dritto romano e di consuetudini incomplete, aveva gittato sulla nostra quistione quei vivi lumi, che il tempo non ha potuto oscurare.

(1) Aggiungi Liona, 2 marzo 1836 (Devill., 36, 2, 566).
(2) Berlier (Fenet, t. XII, p. 312).

(a) Corrisponde all'art. 835 delle LL. CC. *Il Trad.*
(3) Cambacérès (Fenet, t. XII, p. 331).
(4) Treilhard (Fenet, t. XII, p. 329).

Indubitatamente bisogna riconoscere, che ne' principi del Codice Napoleone niuno può dimandare una legittima, se ripudia la qualità di erede, ma non si sarà però meravigliato, che una persona possa ritenere in linea di eccezione quello, che per azione non potrebbe dimandare. Così si comprende a meraviglia, che nel dritto consuetudinario, qual era fatto ne' tempi di Ricard, Lebrun, e Pothier, il figlio rinunziante conservava la legittima senz'essere erede, benchè la legittima fosse una parte dell'eredità rinunziata. E perchè questo? Perchè la legittima essendo un' assegnamento individuale, una porzione de'la porzione, che si sarebbe avuto *ab intestato*, si doveva rimanere contento, quando si aveva questa parte. Quale sarebbe stato l' interesse dell' attore? Egli aveva quello, che la legge gli accordava; era soddisfatto. Dippiù secondo i principî consuetudinari la parte del rinunziante non si accresceva a lui, ma al legatario universale. Per lo che la sua azione periva pel maggiore de' vizi, la mancanza di causa e d' interesse, ed il figlio rinunziante trionfava per la sua eccezione.

Ora, bisogna ben riconoscerlo, il Codice Napoleone respinge molte di queste idee, e vuole, che come nel dritto romano la parte del rinunziante si accresca a'figli (art. 786)(1).

Da un' altra parte fa della riserva una massa compatta, assegnata a' figli *in globo*, come nel dritto romano, e non a titolo di assegnamento individuale come nel dritto consuetudinario. Contrastare questi punti di dritto sarebbe contrastare l' evidenza.

Ma da queste differenze non bisogna affrettarsi troppo per conchiudere; che l'opinione de' Giureconsulti consuetudinari è incompatibile col Codice Napoleone, ed una grande autorità può arrestare ogni precipitazione a tal riguardo. Ed è l' opinione di Dumoulin, così importante in questa materia, perchè egli è l' autore dell' adagio; *Non habet legittimam nisi qui haeres est* (2). Sentiamolo parlare (3).

« Un uomo ha tre figli; dona tutt' i suoi beni a due. Colui, che non ha ricevuto nulla, si dichiara solo erede, e domanda il terzo de'beni (il qual terzo è secondo la novella 18 la riserva attribuita in massa a' figli). Ho risposto, che non può intentare la querela d' inofficiosità, che per la sua parte virile nella riserva, che la legge attribuisce a tutt' i figli quando vengono *ab intestato*. Se fosse diversamente, un padre, avendo tre figli, non potrebbe donare all' uno più dell' altro, che rinunzia alla successione. Dippiù bisognerebbe dire, che un padre, che ha dieci figli, di già provveduti e dotati, se un solo è erede, costui potrà dimandare la metà di tutt' i beni donati (4), quasi che il padre non avesse potuto disporre a favore dei suoi figli, che della metà, come avrebbe potuto farlo a riguardo d' un estraneo. Adunque la legittima di questo figlio non è che del decimo della metà, benchè sia solo erede. Ed in effetti comunque gli altri rinunziano alla successione ed alla querela d' inofficiosità, però non rinunziano alla loro legittima sino alla concorrenza de'beni donati, i quali ritengono per un titolo speciale, e che debbono solamente essere imputati nella legittima (5).

Questa decisione è capitale, soprattutto, se si riflette, che nell'epoca, nella quale Dumoulin scriveva, la consuetudine di Parigi non aveva ancora fissata la cifra della legittima, come lo fece in tempo della riforma l' art. 298, introduttivo di un dritto del tutto nuovo. In questo momento la regola della legittima era la novella 18, della quale la pratica si era impadronita (6). E si sa, che nel suo sistema la legittima era data in massa a'figli, come avviene pel Codice Napoleone; ed in questa sola ipotesi ragiona Dumoulin.

Ma forse si lascia egli arrestare da questa idea, che la legittima è una massa, che deve profittare per intera all'accettante? Il figlio, che aveva accettato, lo sosteneva, ed era la stessa pretensione, che abbiamo veduto consacrata dall' arresto Larroque de Mons, e non è nuova nella giurisprudenza. Ebbene! Dumoulin la respinge e la condanna. Vuole, che l'accettante si contenti della sua parte virile in questa massa; vuole, che non possa intentare la sua azione d' inofficiosità. che per questa parte virile. « *Respondi quod non habet quaerelam* « *inofficiosi, nisi pro parte virili legitimae,* « *debitae ab intestato, si omnes venissent ab* « *intestato.* » Per lo che importa poco, che il dritto consuetudinario abbia modificata la base della legittima, e che in luogo di formarne una massa, come nel dritto romano, ne abbia fatto un assegnamento individuale. Volete voi considerarla come un assegnamento individuale? Riccard, Lebrun, e Pothier dicono, che il figlio accettante, che ha ricevuto quest'assegnamento, dev' essere contento e non ha azione di riduzione. Volete al contrario, che la riserva sia una massa attribuita ai figli, come aveva luogo prima dell'art. 298 della Consuetudine di Parigi? Dumoulin non è meno positivo a tale riguardo, e vi dice io quest'ordine d'idee, che il figlio accettante non vi ha, che la sua parte virile, che ne dev' essere soddisfatto, e che quando la trova nella successione, è privo di azione contro i suoi fratelli e le sue sorelle donatari, che rinunziano alla successione.

(1) V. la dissertazione del Sig. Ginoulhiac, *Rivista straniera*, t. II, p. 443; t. III, p. 377 e 493.
(2) Sopra Parigi, art. 125, n. 1.
(3) Sopra Parigi, art. 124, n. 6.
(4) Secondo la Novella 18, se vi erano più di quattro figli, la legittima era la metà de' beni, ed il padre poteva donare l' altra metà.
(5) V. pure Dumoulin, *De donat. in contract. matrim. factis*, n. 19. Consult. 35, n. 8
(6) Ferrières *sopra Parigi*, art. 298, § 1, n. 8.

Si opporrà forse a Dumoulin, che nei principj del dritto consuetudinario la parte dei rinunzianti si accresce agli accettanti? Che importa questa regola, che niuno intende di contrastare? Essa suppone un abbandono delle cose della successione, ma è senza applicazione alcuna quando il donatario non abbandona la cosa dovutagli e la ritiene ad un titolo speciale; *retinet proprio titulo* (a), come dice Dumoulin.

Tutto ciò esclude radicalmente lo specioso argomento, che il Consigliere Poriquet traeva dal dritto consuetudinario e dal Codice Napoleone sull'assegnamento della riserva. Il signor Poriquet non ha fatto attenzione, che il dritto consuetudinario ha due fasi, quella, che ha seguita la riforma, e quella, che l'ha precednta. La prima, che caminava in una strada simile al Codice; la seconda, che aveva delle differenti vedute. Sotto di entrambi il figlio, che rinunziava, poteva ritenere la legittima donatagli dal padre di famiglia. Forse se questo precedente fosse stato conosciuto dal signor Poriquet, non avrebbe con tanta confidenza argomentato contra del cumulo, e Dumoulin avrebbe fatto sorgere in lui delle serie obbiezioni.

792. Ora perchè Dumoulin vuole, che il figlio accettante non prenda nella massa indisponibile, che la sua parte virile? eccolo: questa massa creata in favore dei figli, e divisibile tra loro, non racchiude per l'accettante, che una frazione determinata, della quale deve trovarsi contento. Si duole d'inofficiosità, ma ha nelle mani la parte della natura e della legge. Quale è dunque il torto, che gli vien fatto (b)? Se i suoi fratelli e le sue sorelle rinunziano, questa rinunzia è unicamente determinata da vantaggi, che hanno ricevuto, che tengono loro luogo di porzione ereditaria (c), de' quali il padre li ha impossessati per anticipazione (d); dunque se questi vantaggi non fossero stati loro fatti, non avrebbero rinunziato. E se eglino non avessero rinunziato, l'accettante avrebbe avuto esattamente quello, che egli raccoglie dopo la loro rinunzia; anche una volta, perchè si duole, se viene pagato del suo credito naturale? I favori fatti ad uno o più de' figli non debbono essere trattati più severamente de' favori fatti a degli estranei, e sarebbe contrario al buon senso, che il figlio accettante, che si sarebbe intieramente indennizzato con la parte, che raccoglie, se suo padre avesse versato le sue liberalità su di un estraneo, potesse dirsi leso, quando il padre ha portato su' di lui fratelli e sorelle i suoi segni di affezione (e). L'accettante è attore in riduzione; deve provare, che le liberalità di suo padre sono inofficiose, e non lo prova, quando la successione lo copre della sua parte virile.

Tali sono, se non m'inganno, le ragioni di Dumoulin, e sono cavate dall'essenza stessa delle cose. In esse non vi sono de' pregiudizi presi in impronto da' paesi di dritto scritto, come si è detto a sazietà. Dumoulin non era del mezzo giorno, e per lo contrario era fortemente imbevuto delle idee consuetudinarie; ma aveva sopratutto uno spirito penetrante, ed il suo colpo d'occhio vivo e profondo aveva immediatamente compreso queste gradazioni.

Si dirà forse ora, che la legittima non è legata, che alla qualità di erede? Non ignoro, essere questo il fondamento ed il tema favorito dell'opinione opposta al cumulo. Ma se quest'argomento è potente per impedire al rinunziante di dimandare la legittima, non vale nulla, quando, non dimandando nulla, non fa, che difendersi contro l'articolazione d'una inofficiosità, smentita da' fatti (f).

793. Ma si obietta, voi dunque con questo sistema andate ad autorizzare de' vantaggi trai figli altrimenti che per precapienza! Si senza dubbio, ed è quello, che in ogni tempo si è fatto. Sotto l'impero delle consuetudini, che avevano proclamato l'uguaglianza assoluta dei figli eredi, si ammetteva, che la donazione per anticipazione di successione poteva essere ritenuta, rinunziando, e che così uno de' figli poteva farsi una posizione più favorevole degli

(a) Ma come può ritenerla *proprio titolo*, se non gli è data, che sotto una qualità, dalla quale si è dimesso? L'abbandono della qualità di erede importa abbandono delle cose della successione; altrimenti ognuno abbandonerebbe la qualità di erede, e riterrebbe le cose dell'eredità. Manca poi il titolo della donazione, tra perchè il donante non ha donato per precapienza ed anteparte, e perchè non poteva donare oltre il disponibile.
Il traduttore.

(b) Di darsi a colui, che non ha voluto essere erede una quota dell'eredità, la quale per la sua rinunzia si accresce a' suoi coeredi. — *Il traduttore.*

(c) Eglino non hanno più dritto ad una porzione ereditaria. *Il traduttore.*

(d) Ma sotto la condizione scritta nella legge di conferirli alla massa, ove volessero concorrere all'eredità. Il donante poteva dispensarli da questa condizione; non lo ha fatto, vale a dire ha tacitamente ripetuta e fatta propria la condizione della legge. Or in disprezzo della volontà della legge e del donante prendono la quota ereditaria e non conferiscono la donazione.
Il traduttore.

(e) Nell'ipotesi proposta il padre à voluto dare ad un estraneo in preferenza de' figli tutto ciò, di cui la legge gli permetteva di disporre. Nella specie in disensione il padre ha donato ad uno de' figli sotto la condizione di conferire alla massa quello, che ha ricevuto. In questo come nel caso precedente i figli accettanti rispettano la disposizione paterna; vogliono anzi, che non sia delusa. *Il traduttore.*

(f) È sempre l'istesso vizio del ragionamento. Si oblia, che la quantità della riserva per ciascun figlio è determinata dal numero de' condividenti, e si ritiene il rinunziante come condividente, mentre ha rinunziato alla qualità, indispensabile per prendere parte nella divisione. Non si può ritenere quello, che non si è mai avuto, nè si ha qualità per avere, e molto meno per ritenere. *Il traduttore.*

altri. La rinunzia per ritenere la donazione era un mezzo frequentemente usato per rompere una eguaglianza, della quale Coquille segnalava gl'inconvenienti. E perchè sotto il Codice Napoleone sarebbe vietato di mettere in opera questo mezzo così naturale e così semplice a condizione, che la legittima sia rispettata (a)?

In quanto all'argomento ricavato dall'articolo 845 del Codice Napoleone (b), secondo il quale il figlio, che rinunzia, ritiene la sua donazione sino alla concorrenza della porzione disponibile, non ha più alcuna importanza per le menti serie, tanto è stato battuto in breccia e polverizzato nelle discussioni, che hanno avuto luogo innanzi la Corte di Cassazione dopo il 1834. In effetti è evidente, che la donazione, in quanto si versa sulla porzione disponibile, non potrà cederla. È questo quello, che ho voluto dire l'art. 845, ma non si spiega esso sulla quistione, se alla porzione disponibile il figlio rinunciante può aggiungere ritenendola, la legittima, di cui è impossessato.

Si argomenta da certi inconvenienti, e per esempio dal turbamento, che il nostro sistema può portare nelle previsioni del padre di famiglia.

Per esempio: Pietro ha 120mila franchi di fortuna e due figli di uno è inegnale. Ha delle occupazioni lucrative, e siccome spera, che la sua fortuna si aumenterà, dona al primogenito 60mila franchi in anticipazione di successione per stabilirlo, pensando, che quando sarà venuto il momento di stabilire il cadetto, l'aumento del suo patrimonio gli permetterà di fare lo stesso sacrifizio. Più tardi gli sopravviene un terzo figlio, ed egli muore senz'aver potuto fare alcuna disposizione. Se piace al primogenito di rinunciare per serbare i 60mila franchi, i suoi due fratelli saranno ridotti a 30 mila franchi per ciascuno. Su che si fonda questa ineguaglianza? Sulla volontà del padre? Egli ha fatto semplicemente un'anticipazione di eredità senza precapienza, ed ecco che per una impreveduta rinunzione il primogenito si forma una specie di privilegio di primogenitura. Non è ciò un ristabilire il dritto di primogenitura? Dappoichè io fine i primi nati, essendo i primi dotati, potranno profittare di questo vantaggio per farsi una posizione migliore degli ultimi nati.

Non esageriamo niente; si può tutto rovesciare, forzando le conseguenze. Forse il padre non sapeva, che la sua anticipazione di eredità poteva divenire per la rinunzia del donatario una donazione diffinitiva? Perchè dunque è andato così lontano nella sua liberalità, perchè non ha gettato sull'avvenire un colpo d'occhio previdente? Perchè ha scelto la forma di una liberalità irrevocabile? Gli era facile di mettersi al coperto dalla sorpresa, della quale si argomenta, disponendo più misuratamente delle forze del suo patrimonio?

Ma ecco degl'inconvenienti ben più gravi del sistema, che la Corte di Cassazione ha respinto, e questi tendono nientemeno che a paralizzare l'autorità paterna, a rovesciare tutta l'economia delle sue disposizioni, ed a rendere la sua previdenza vana e disprezzata. Se ne sono veduti nella pratica de'sorprendenti esempi, ed il Signor Consigliere Mesta dier l'indienva con energia in un rapporto alla Camera dei ricorsi della Corte di Cassazione (1).

Supponiamo il seguente caso:

Pietro ha tre figli ed una fortuna di 120mila franchi. Dà al primogenito in anticipazione di eredità 48mila franchi per metterlo alla testa di un importante commercio. Questo figlio invece di dargli de' motivi di compiacimento, lo disgusta gravemente. Al contrario i due altri figli con la loro buona condotta lo alleviano da'suoi dispiaceri. E conseguentemente egli divide tra loro la porzione disponibile, che si eleva a 30mila franchi, e dà a ciascuno di loro 15mila franchi per precapienza ed anteparte. Più tardi nascono altri due figli, e muore in questa posizione. La porzione disponibile è di 30mila franchi, e la parte legale di ogni figlio nella riserva è di 18mila franchi.

Ma il primo figlio volendo a disfare le combinazioni di suo padre, rinunzia alla sua successione per serbarsi la donazione sino alla concorrenza della porzione disponibile. Ritiene dunque i 30mila franchi su'48mila franchi, che gli sono stati donati, e restituisce il dippiù alla successione. E siccome questi 18mila franchi sono stati distaccati dalla riserva, e che debbono rientrarvi, i due ultimi figli vorranno che i 90mila franchi sieno divisi in ugual porzione tra' quattro fratelli, che accettano. Se i due fratelli gratificati della precapienza pretendono una preferenza su' 18mila franchi, abbandonati dal primogenito, i due altri risponderanno, che la donazione del padre non ha potuto versarsi, che sulla porzione disponibile, la quale essendo stata esaurita dalla donazione fatta al primogenito, le ulteriori liberalità del padre mancano di base. I 18mila franchi essendo una frazione della riserva, debbono essere ugualmente divisi.

Ed ecco come il figlio primogenito pel suo capriccio, forse anche pel suo malvolere va a rovesciare tutto nella famiglia e ridurre a nul-

(a) La legge attuale vuole positivamente, che un figlio non possa essere vantaggiato su di un altro, che mercè la clausola di anteparte e di precapienza. E se il donatario senza di questa clausola ritiene la donazione, rinunziando alla successione, è perchè la collazione non è dovuta, che tra gli eredi. La ritiene per un principio di dritto, non per la volontà del donante.

Il traduttore.

(b) Corrisponde all'art. 764 delle LL. CC. *Il trad.*

(1) V. Dalloz, 32, 1, 32.

Digitized by Google

la l'autorità paterna. Tali conseguenze non sono tollerabili (a). E quando per respingerle si trova l'opinione de' Giureconsulti francesi di tutti tempi e tra esse quella di Dumoulin, senz' alcun testo contrario, mi sembra, che bisognerebb' essere molto difficile per non lasciarsi convincere.

794. La morte civile essendo assimilata alla morte naturale, della qual'era l'imitazione, faceva considerare inesistente, chi n'era colpito nel momento della morte di suo padre o di sua madre. E conseguentemente questo figlio non poteva fare numero per le calcolazione della quota disponibile e della riserva. Oggi la morte civile è abrogata (Legge del 31 di Maggio 1854). Il condannato ad una pena afflittiva perpetua è ancora incapace di ricevere per donazione o per testamento, ma non lo è di succedere ab intestato, nè per conseguenza di raccogliere una riserva nella successione di suo padre. Epperò la sua posizione non potrebb' essere assimilata a quella, che in altri tempi occupava il morto civile; fa numero pel calcolo della quota disponibile, e prende la sua parte nella riserva. Dapoichè non è decaduto dalla qualità di figlio nè da quella di erede.

795. Lo stesso diremo dell' indegno (1); ed in questo senso conta nel calcolo della riserva, senonchè la sua quota gli è tolta, ed accresce a suoi coeredi; ed in effetti è giusto, che la quota dell' ingrato giovi a coloro, che non lo sono (2). D'altronde quant' inconvenienti non vi sarebbero nel far dipendere la porzione disponibile dall' eventualità d' una azione d'indegnità, che può durare 30 anni?

796. Però non si dovrebbe forse decidere diversamente, se il figlio fosse stato dichiarato ingrato in vita del testatore, di tal che il testatore avesse disposto della porzione disponibile dopo la dichiarazione d' indegnità?

Articolo 914 — (830).

Sono compresi nell'articolo precedente sotto nome di figli i discendenti di qualsivoglia grado; nondimeno non sono contati, che pel figlio, che rappresentano nella successione del disponente (b).

SOMMARIO

797. Questa disposizione è la conseguenza del principio consacrato dall' art. 740.

COMENTARIO

797. Questo articolo è la traduzione quasichè letterale della legge 220 D., *De verbor signific.* « *Liberorum appellatione nepotes et* « *pronepotes, coeterique, qui ex his descen-* « *dunt, continentur* (3) ».

Il Codice aggiunge, che questi discendenti non sono mai contati, che pel figlio che rappresentano nella successione; è questo il dritto di rappresentazione consacrato dall'art. 740 del Cod. Napoleone (c). Se dunque un padre aveva un figlio unico, che morì, lasciando quattro figli, la riserva di questi ultimi nell'eredità dell' avo sarà della metà, come sarebbe stata quella del loro padre. Il Sig. Levasseur (4) sostiene, che in questo caso particolare essa dovrebbe essere di tre quarti, perchè i nipoti vengono *jure proprio* e senza aver bisogno della rappresentazione. Ma questa opinione, altra volta confutata da Lebrun (5), non è più vera sotto del Codice Napoleone (6). Ed in effetti è certo, che i nipoti non vengono in loro nome nella successione del loro avo, ma

(a) Non è qui permesso di dire, che si forzano le conseguenze? Per raggiungere il proposto risultamento si è dovuto supporre, che altri due figli siano sopravvenuti al disponente dopo della disposizione, e che mentre egli ne aveva due soli, oltre quello, di cui era disgustato, dopo ne ha avuto quattro. Se le cose fossero rimaste quali erano nel momento della disposizione, la volontà paterna sarebbe stata eseguita in quantochè i due figli gratificati della precapienza avrebber preso 45 mila franchi per ciascuno. Or questa combinazione viene alterata dalla sopravvenienza di due altri figli, cui il disponente non aveva pensato nel momento della disposizione. Chi ha il dritto di dire, che conducendosi costoro come gli altri due fratelli, non dovessero essere del pari dal padre gratificati? *Il traduttore.*

(1) Art. 727, Cod. Napoleone (*) Durantou, 8, 300; Coin-Delisle su 913, 10; Lesent, t. II, n. 324; Baylo-Mouillard *su Grenier*, t. IV, p. 55. *Contra* Delvincourt, t. II, p. 218, nota 7; Marcadè sopra 913.

(2) Merlin, 1, 4, 3, n. 8.

(b) Quest'articolo corrisponde ed è uniforme all' art. 830 delle nostre Leggi civili. *Il trad.*

(3) Pothier, *Pand.*, t. III, p. 669.

(c) Corrisponde all'art. 661 delle LL. CC. *Il trad.*

(4) N. 39.

(5) *Successioni*, 2, 3, 3, n. 4.

(6) Grenier, n. 558. Toullier, 5, 102. Durantou, 8, 290, ecc.

(*) Corrisponde all'art. 648 delle LL. CC. *Il trad.*

vi vengono solamente a causa della morte del loro padre, di cui sono la continuazione e la rappresentazione; per conseguenza non possono avere, che i dritti di lui, perchè, come lo diceva il Sig. Treilhard, la morte del padre non può nè nuocere nè profittare a' figli (1).

Articolo 915 (831).

Le liberalità per atti tra vivi o per testamento non potranno eccedere la metà de' beni, se il defunto in mancanza di figli lascia uno o più ascendenti in ciascuna delle linee paterne e materne, ed i tre quarti, se non lascia ascendenti, che in una linea.

I beni così riservati a profitto degli ascendenti saranno da loro raccolti nell'ordine, nel quale la legge li chiama a succedere; essi avranno soli dritto a questa riserva in tutt' i casi, in cui una divisione in concorso co' collaterali non dasse loro la quota de' beni, alla quale è fissata (a).

SOMMARIO

798. Della riserva degli ascendenti in dritto romano.
799. Le consuetudini non accordavano riserva agli ascendenti.
800. Legge del 4 germinale anno VIII
801. Il Codice ha adottato i principî del dritto romano in questa materia.
802. Modificazione, che subì innanzi del Tribunale l'articolo 915.
803. Del senso della parola *beni* in questo articolo.
804. Del senso della parola *ascendenti*.—Ragione della differenza tra gli avi i fratelli e le sorelle, secondochè la successione è o no *ab intestato*.
805. In quali casi la riserva è dovuta agli avi.
806. *Quid* del dritto degli avi in una successione testamentaria se i fratelli e le sorelle rinunciano?
807. *Quid* se sono assenti?
808. *Quid* nel caso, in cui l'avo successibile rinuncia?
809. I collaterali hanno allora dritto alla riserva, come l'avo di cui occupano il luogo ed il posto?
810. *Quid* del caso dell'indegnità, dell'assenza, o della morte civile dell' avo?
811. *Quid* del dritto dell' avo sulla successione del figlio illegittimo riconosciuto?
812. *Quid* relativamente alla successione del figlio adottato?
813. Del caso, in cui il padre e la madre hanno dritto ad una riserva su' beni de' loro figli premorti.
814. Del caso, in cui il padre o la madre sono assenti, indegni, o morti civilmente.
815. *Quid* nel caso di ripudiazione del padre e della madre?
816. L'adottante ha una riserva su' beni dell' adottato.
817. Il padre ha una riserva su' beni del suo figlio naturale riconosciuto.
818. Esempio del caso preveduto dal secondo paragrafo dell' art. 915.
819. Difficoltà suscitate dagli autori nel caso, in cui il disponente è minore. — Primo esempio.
820. Secondo esempio.
821. Malgrado la circostanza di minorità, la riserva resterà sempre la stessa.
822. Esame di due sistemi proposti nel caso, in cui le liberalità sono fatte dal minore, non già ad un estraneo, ma allo stesso ascendente.
823. Il padre in concorso con lo zio naturale del figlio premorto potrebbe anche reclamare il beneficio dell' art. 754 del Codice.
824. La rinuncia degli ascendenti alla successione cambia forse qualche cosa alla quota, di cui il minore avrebbe potuto disporre?
825. Rinvio in quanto alle modificazioni, che la legittima degli ascendenti può ricevere.

COMENTARIO

798. Abbiamo veduto qui sopra, che nel dritto romano una legittima era dovuta agli ascendenti (2), e le leggi ne danno le ragione in un ammirabile linguaggio (3). « *Nam etsi « parentibus non debetur filiorum hereditas « propter votum parentum et naturalem erga « filios charitatem ; turbato tamen ordine « mortalitatis, non minus parentibus quam « liberis pie relinqui debet.* »

Sotto il dritto del Digesto l' ascendente aveva dritto ad un quarto di quello, che avrebbe avuto *ab intestato* (4).

Giustiniano fece un nuovo regolamento della legittima. Secondo l' interpretazione data alla Novella 18, cap 1 da Cujacio, Doneau, Vinnio ed altri la porzione spettante agli ascendenti era del terzo de' beni del defunto (5).

Come Argou l' osserva (6), non vi sarebbero state difficoltà, se gli ascendenti si fossero presentati soli e senza concorrenti. Ma con la No-

(1) Fenet, t. XII, p. 146. V. A. Dalloz, *Porzione disponibile*, n° 190.

(a) L' art. 831 delle Leggi civili è redatto ne' seguenti termini :

« Se il defunto in mancanza di figli lascia superstiti « ascendenti in qualunque linea, le liberalità per atto « tra vivi o per testamento non potranno diminuire la « metà della quota, che sarebbe loro spettata *ab intestato*. »

« I beni per tal modo riserbati a vantaggio degli « ascendenti perverranno loro con l'ordine, con cui la « legge li chiama a succedere ». *Il trad.*

(2) N. 743

(3) L. 15, D , *De inoff. test.*

(4) Instit , *De inoff. test.* , §§ 1, 3, 6. L. 1 ed 8, § 8, D., *De inoff. test*

(5) Sopra, n 743.

(6) T. 1, p 324.

vella 18 Giustiniano chiamò alla successione i fratelli e le sorelle del defunto congiuntamente con gli ascendenti per la loro parte virile, di talchè si elevò la questione, se il terzo riserbato agli ascendenti era il terzo dei beni o solamente il terzo di quello, che avrebbero avuto nella successione *ab intestato*. Dapoichè se la legittima avesse dovuto essere sempre del terzo de' beni, sarebbe accaduta una spiacevole singolarità, comechè la legittima degli ascendenti avrebbe potuto essere in certi casi più forte della porzione ereditaria, che avrebbero preso nella successione *ab intestato* (1).

Bartolo pensava, che la legittima degli ascendenti dovesse essere *portio portionis, quam quis haberet ab intestato*, ed il Parlamento di Parigi giudicava, che dal momento, in cui vi erano de' Fratelli o delle Sorelle, la legittima degli ascendenti non era, che il terzo della porzione, che avrebbero avuto *ab intestato* (2).

Baldo per lo contrario sosteneva, che dopo la Novella 18 la legittima dovess' essere di un terzo de' beni (3).

Domat prestò a questa opinione i lumi della sua mente giudiziosa (4), e Daguesseau la fece erigere in legge dall'art. 61 dell'Ordinanza del 1735, ov' è detto. « La quota de'la legittima degli ascendenti ne' luoghi, ov' è dovuta « su' beni de' loro figli o discendenti, che non « hanno lasciati figli, e che hanno fatto un « testamento, sarà regolata, avuto riguardo al « totale di detti beni, e non sul piede della porzione, che sarebbe spettata a' detti discen- « denti (a), se avessero raccolto i di loro beni « *ab intestato* in concorso co' fratelli germani « del defunto. »

799. Si sa, che in generale il dritto consuetudinario ricusava una legittima agli ascendenti (5), il che era un obliare i doveri ed i dritti, che risultano dagl' intimi rapporti tra il padre e la madre ed i loro figli (6).

800. Dopo i saggi egualitari della Convenzione, soggiogata da folli teorie (7), la legge del 4 germinale anno VIII volle rientrare nelle vie della ragione e della giustizia. Abb'amo detto ciocchè fece pa' figli (8). Pensò pure agli ascendenti senza preoccuparsi della ripulsione, della quale erano stati obietto sotto il dritto consuetudinario, e fissò la loro legittima alla metà di ciocchè lasciava il defunto, morto senza figli.

801. Il Codice Napoleone non poteva più della legge dell' anno VIII restare indifferente a' dritti degli ascendenti. La vera filosofia di questa materia era nel dritto romano e non nel dritto consuetudinario, ed il Codice Napoleone non ebbe veruna difficoltà ad accettare per suo conto de' principi dettati dall' affezione (9); so non che nel regolare la riserva ha creduto giusto di allontanarsi e dal dritto romano e dalla legge dell'anno VIII.

802. In origine l'art. 915 si limitava ad una disposizione, che fissava alla metà la legittima degli ascendenti (10). Indi per una seconda redazione si combinava l'esistenza degli ascendenti con l'esistenza de'fratelli e delle sorelle, in favore de' quali il Consiglio di Stato proponeva di stabilire una riserva (11).

Il Tribunato ottenne la soppressione della legittima de'fratelli o delle sorelle, e propose una novella redazione, che fu consentita ed adottata dal Consiglio di Stato con un' ultima modificazione(12) Secondo quest'articolo colui, che muore senza prole non può disporre, che della metà de' suoi beni, se lascia degli ascendenti in ciascuna delle linee paterne e materne, e dei tre quarti, se non lascia ascendenti, che in una linea.

803. Servendosi della parola *beni*, il Codice intende parlare de'beni, che compongono la successione; e solo per una interpretazione falsa ed arbitraria il sig Levasseur, che ha troppo spesso messe le sue idee nel luogo di quelle della legge, vuole, che il nostro articolo non guardi, che i beni, che avrebbero composta la porzione, che sarebbe ricaduta *ab intestato* agli ascendenti(13). Il sig. Grenier ha giustissimamente confutata la dottrina di quest' autore (14).

804. La parola generica di *ascendenti*, che si trova nell' articolo, comprende gli avi, di qualsivoglia grado essi siano. Il perchè è certo, che non solamente il padre e la madre hanno dritto ad una riserva, ma ancora gli avi giusta la distinzione, che or ora spiegheremo.

Questo dritto accordato agli avi è sembrato strano a molti autori. Gli avi, si è detto, non succedono *ab intestato*, quando il defunto lascia fratelli e sorelle, dapoichè costoro più privilegiati di loro, gli escludono dall'eredità (b). Come avviene adunque, che il Codice non accorda la legittima ai fratelli ed alle sorelle, mentre l' accorda agli avi ? Come conciliare questa preferenza data ai fratelli ed alle so-

(1) Aggiungi Grenier, t. IV, n. 568.
(2) Argou, t. I, p. 325.
(3) Henrys, t. I, lib. 6, cap. 5, quist. 16, e Bretonnier.
(4) Leggi civili, lib. 3, t. III, p. 2.
(a) Forse dovrà dire ascendenti. — *Il traduttore.*
(5) Sopra n. 749. Merlin, Reper., v° *Legittima*, 3, 6.
(6) Bigot (Fenet, t. XII, p 249).
(7) Sopra n. 752.
(8) Sopra n. 753. Bigot, t. XII, p. 249.
(9) Sopra n. 762.
(10) Fenet, t. XII, p. 299.
(11) Fenet, t. XII, p. 419, art. 23.
(12) Fenet, t. XII, p. 445 e 470, 471.
(13) N. 32.
(14) N. 577.
(b) Per l' art. 671 dalle Leggi civili l' avo o l' altro ascendente concorre in mancanza del padre e della madre co' fratelli e con le sorelle del defunto. *Il trad.*

Digitized by Google

relle sugli avi nella successione *ab intestato*, con la preferenza data agli avi sui fratelli e sulle sorelle nel caso di successione testamentaria?

Questo rimprovero d'incoerenza è più apparente che reale.

E dapprima si vedrà or ora, che quando vi è coesistenza degli avi e de' fratelli e delle sorelle, il dritto di legittima degli avi scomparisce in virtù de' principî della successione intestata, ch'esercitano qui la loro autorità, e tolgono agli avi la qualità di successibili.

Laonde sotto tale rapporto vi è perfett'armonia tra la successione *ab intestato* e la successione testamentaria.

Solo nel caso, in cui non vi sono, che degli avi senza fratelli e sorelle, si può trovare un certo colore alla critica, che abbiamo formolata.

Ma riflettiamo, che in principio i fratelli e le sorelle non hanno dritto perfetto sulla successione de'loro fratelli e delle loro sorelle (1). La successione intestata, che viene loro deferita, si fonda su di una presunzione di volontà, che cessa, quando il testatore ha disposto di tutta la sua fortuna a favore di altri o non di loro.

Gli ascendenti per lo contrario, come qui sopra abbiamo detto (2) ricevono dalla natura un dritto positivo sulla fortuna de' loro figli, che per una giusta reciprocanza son obbligati di assicurare l'esistenza di coloro, cui debbono la vita, l'educazione, ed uno stabilimento.

Da che siegue, che la legge è stata saggia e giusta nell'attribuire agli ascendenti una riserva, e nel privarne i collaterali.

Ma si dirà, come avviene, che i fratelli e le sorelle, essendo meno favorevoli degli avi, escludono non pertanto costoro dalla successione *ab intestato*?

La ragione n'è semplice. I fratelli e le sorelle relativamente all'avo sono de'discendenti diretti e degli eredi di legittimi. A qual obietto fare salire all'avo de' beni, che dovrebbero in seguito discendere sino a'nipoti? L'affezione paterna, della quale Cujacio ha detto: *Amori paterno nullus est similis, nullus major affectus* (3), non fa forse supporre, che l'avo ama meglio di vedere i suoi discendenti arricchiti di questi beni, che sè stesso? La legge dunque è la interpetre de'sentimenti della natura col fare passare *recta via* i beni del fratello morto agli altri fratelli ed alle altre sorelle. Allora il dritto di costoro sembra fortificarsi di tutt'i dritti dell'ascendente, e potrebbe dirsi, che i fratelli e le sorelle non escludono l'avo, ma che l'avo si ritira volontariamente, cedendo loro tutto quello, che potrebb'egli pretendere.

805. Ora esaminiamo la quistione in qual caso la riserva è dovuta agli ascendenti, e parliamo dapprima degli avi.

Un principio certo si è, che non si ha dritto ad una riserva o ad una legittima, che inquanto si è abile a succedere, o che si è chiamato a succedere (4).

Epperciò non basta, che un discendente morto senza prole, lascia degli avi, perchè costoro possono domandare una riserva nella sua successione, ma bisogna ancora questa circostanza necessaria, indispensabile, che questi avi siano dalla legge chiamati alla sua successione (5).

Così se il figlio premorto lascia suo padre e sua madre, l'avo non avrà nulla a pretendere, e sarà escluso da suo figlio, che gli è preferito nell'ordine delle successioni legittime; così ancora se il premorto lascia de' fratelli e delle sorelle o de' discendenti da fratelli o da sorelle, l'avo non potendo succedere in questa ipotesi, non potrà reclamare alcuna riserva nella successione di suo nipote (6).

Così disponendo, la legge è stata conseguente con se stessa. La riserva non essendo stata introdotta, che per assicurare a certi parenti privilegiati una legittima porzione dell'eredità di natura da provvedere a' loro bisogni, non era necessario di stabilire questo dritto in favore dell'avo nel caso, in cui vi fosse prima di lui il padre o la madre, o de' fratelli e delle sorelle. Dappoichè nel primo caso il padre del defunto è verso di lui obbligato a degli alimenti in conformità dell'art. 205 del Codice Napoleone; e nel secondo caso la stessa obbligazione pesa su' fratelli e su'le sorelle in virtù dello stesso articolo. Perciò la legge non aveva qui alcuna previdenza da esercitare in favore dell'avo, tutt'i dritti del quale si trovavano garentiti da altre disposizioni del Codice.

806. Ma se i fratelli e le sorelle rinunziassero alla successione del defunto, siccome i rinunzianti sarebbero presunti di non essere mai stati eredi (7), il dritto degli avi si aprirebbe per questa rinunzia (8); e si aprirebbe con tanta maggiore ragione, che gli avi vedrebbero svanire per loro la speranza, che la legge confidente in un'accettazione, ha posto nella rispettosa affezione de' nipoti.

(1) Sopra, n. 763.
(2) Sopra, n.i 742, 763.
(3) Quaest. Pap., *Ad leg.*, 5 D., *De confirm. test.*
(4) Se bisognassero delle autorità per provare, che non si può reclamare una riserva, che in quanto si è nel primo grado di successione, si potrebbe rinviare alle *Pandette* di Pothier, t. I, p. 190, n. 10, tit. *De inofficioso testamento.*
(5) Grenier, t. IV, n. 570.
(6) Jaubert, rapp. al Tribunato (Fenet, t. XII, p. 586). Cod. Napoleone 750.
(7) Art. 785, Cod. Napoleone.
(8) Cassaz., 11 maggio 1840 (Devill., 40, 1, 680). Duranton, t. VIII, n.° 310 e seguenti.

Supponiamo, che per le sue liberalità il defunto abbia renduta la sua successione inaccettabile. I suoi fratelli e le sue sorelle la ripudiano. Quale sarà in questa circostanza la risorsa dell' avo? Bisognerà, ch' egli rimanga senza soccorso e senza pane in presenza delle generosità di suo nipote? Il voto della legge non sarebbe forse falsato, pervertito, sconosciuto, se la querela d' inofficiosità non gli fosse accordata? Escluso a causa de' fratelli e delle sorelle, suoi nipoti, deve riprendere il suo posto quando questi ultimi sono considerati di non essere stati giammai eredi (1).

Del resto la diredazione di fatto de' fratelli e delle sorelle non basterebbe per aprire il diritto degli avi (2); la sola rinunzia col farli scomparire mette gli avi nel loro posto.

807. L'assenza de' fratelli e delle sorelle produce gli stessi effetti della rinunzia (3); ma se gli assenti ricompariscono, potranno dimandar conto agli avi in conformità degli articoli 131 e 132 del Codice Napoleone (a).

808. Vediamo ora quale sarà l'influenza della rinunzia dell' avo successibile, e basta di riportarsi agli articoli 746, 748, 759, 753, e 786 (b) per vederne gli effetti.

Supponiamo l' esistenza dell' avo e dell' ava materna; la rinunzia dell' avo gioverà all'ava, in favore della quale vi sarà accrescimento.

Supponiamo in seguito l' esistenza dell' avo paterno e dell'ava materna. La rinunzia dell'avo non gioverà all'ava, perchè la legge chiama qui non già l' ava materna nel posto dell'avo paterno, ma i collaterali della linea del rinunziante (art. 753 del Codice Napoleone) (c).

809. Si è dimandato, se questi collaterali abbiano dritto alla riserva, come l' ascendente rinunziante, del quale hanno preso il posto ed il luogo. Quistione strana, e che non meriterebbe di esser enunciata, se la Corte di Caen non l'avesse giudicata a favore della devoluzione della riserva a' collaterali (4). Come se la riserva potesse aver luogo a favore de' collaterali! come se la rinunzia dasse luogo alla rappresentazione (5).

810. Tutto quello, che abbiamo detto della rinunzia, si applica all' indegnità, all' assenza, alla morte civile dell' avo.

811. Gli avi de' figli illegittimi riconosciuti non hanno alcun dritto da pretendere sulle loro successioni, del pari, che i figli naturali non hanno verun dritto su' beni de' loro avi. I figli illegittimi non sono nella famiglia, ed il riconoscimento del padre non produce effetti, che per lui e contra di lui (6).

812. L' avo del figlio adottato non ha neppure riserva sui di lui beni; e la ragione si è, che non vi è veruno legame nè veruna reciprocanza tra l' avo ed il figlio adottato, dapoichè costui nell' entrare nella famiglia non acquista verun dritto di successibilità su' beni de' parenti dell' adottante.

813. Passiamo ora a' dritti de' padri e delle madri.

I padri e le madri non succedono a' loro figli, se non quando costoro non lasciano discendenti. Ed in effetti il cammino naturale della successione è sempre discendente, e solo per un turbamento dell' ordine naturale ascende, *turbato ordine mortalitatis*. Epperò i padri e le madri non hanno dritti ad una riserva, che quando i loro figli premorti non hanno lasciato discendenti (7).

Ma il dritto de' padri e delle madri non cambia (come quello degli avi) per l' esistenza dei fratelli e delle sorelle del defunto. Imperocchè gli uni e gli altri concorrendo per la successione *ab intestato* (art. 748 del Codice Napoleone) ne siegue, che i padri e le madri restano successibili, e che per co seguenza hanno dritto al prelevamento d'una riserva. Ritorneremo su di ciò nel n. 818 (8). Sicchè supponiamo, che il testatore lasci 60mila franchi, sopravviventi suo padre e sua madre ed i suoi fratelli e le sue sorelle. La riserva degli ascendenti sarà di 30 mila franchi, cioè 15mila franchi pel padre e 15mila franchi per la madre.

814. Per potere fare numeró bisogna, che il padre o la madre non sieno assenti o indegni o morti civilmente.

815. In quanto alla ripudiazione ci siamo or ora sufficientemente spiegati (9).

816 L' adottante ha una riserva su' beni dell' adottato? La negativa si basa sugli articoli 351 e 352 (10) (d).

817. La quistione è più difficile relativamente al padre del figlio naturale riconosciuto.

In favore della riserva si dice: l' art. 915 non fa distinzione tra gli ascendenti de' figli legittimi e gli ascendenti de' figli naturali. D' al-

(1) *Contra*, Zachariae, t. V. p. 138.

(2) *Contra*, Delvincourt, t. II, p. 215, nota 5.

(3) Art. 136.

(a) Corrispondono agli articoli 137 e 138 delle Leggi civili. *Il traduttore*.

(b) I primi tre articoli corrispondono agli articoli 668, 669, e 671 delle nostre Leggi civili modificati, l' art. 753 corrisponde all' art 673 anche modificato, e l' art. 786 all' art. 703. *Il traduttore*.

(c) Le nostre Leggi civili hanno tolto ogni distinzione di linea così tra gli ascendenti, che tra' collaterali. *Il traduttore*.

(4) 16 febbraio 1826 (Dalloz, 26, 2, 197).

(5) Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. IV, p.78. Lescot, t. II, n. 348.

(6) Art. 336, Cod. Napoleone (*) Sopra n.i 632, 633.

(7) Sopra, n. 805.

(8) Grenier, t. IV, n. 575.

(9) Sopra n. 808.

(10) Grenier, *Dell' adozione*, n. 41. Lescot, t. II, n. 352.

(d) Corrispondono agli articoli 275 e 276 delle Leggi civili. *Il traduttore*.

(*) 259 delle Leggi civili *Il traduttore*.

Digitized by Google

tronde l'art. 765 (a) accorda al padre ed alla madre, che hanno riconosciuto un figlio naturale, gli stessi diritti di successibilità del padre o della madre d'un figlio legittimo (1). Ma contro la riserva si risponde (2): uno scandolo ed una colpa non possono creare un diritto a favore di colui, che gli ha commessi. D'altronde si consulti l'economia dell'art. 915, il quale non si preoccupa, che di circostanze incompatibili con la posizione del figlio naturale. Quest'ultimo non può avere per ascendenti che suo padre e sua madre e giammai de'collaterali. Come dunque il padre potrebbe invocare il beneficio di uno articolo, che prevede l'esistenza simultanea di più ascendenti ed il concorso degli ascendenti e de'collaterali? Si parla di reciprocanza; ma è questa una ragione decisiva? La reciprocanza fa forse succedere l'adottante all'adottato? (3)

Malgrado queste ragioni la Corte di cassazione si è pronunziata in favore della riserva con un arresto del 3 di marzo 1846 (4). Crediamo, che questa giurisprudenza prevarrà, poichè oggi la tendenza si è di favorire la filiazione naturale. Forse vi è pure qualche eccesso nella reazione, che si opera per questa causa, una volta odiosissima. Qui nondimeno vedianno delle ragioni di umanità, che de' testi precisi non c'impediscono di rispettare, ed inclinamo da questo lato.

818. Il secondo paragrafo del nostro articolo dimonda delle spiegazioni, e per renderne facile l'intelligenza faremo conoscere con quale scopo è stato aggiunto. Si è preveduto il caso, in cui il figlio premorto senza posterità non avesse disposto, che di una parte dei suoi beni in favore di un legatario. Allora la porzione del suo patrimonio, relativamente al quale fosse morto intestato, sarebbe rivendicato in concorrenza dal padre e dalla madre e da' fratelli e sorelle, chiamati a dividersela in due parti. Ma se nella divisione la porzione spettante agli ascendenti non si trovasse uguale alla loro riserva, quale via si dovrebbe tenere? Bisognerebbe forse, che in questo caso gli ascendenti si contentassero della quota, loro ricaduta nella divisione? Ovvero la parte de' fratelli e delle sorelle dovrebb'essere ridotta sino alla concorrenza dell'intiera riserva? Cotesta difficoltà appunto il secondo paragrafo del nostro articolo ha voluto tagliare sulla dimanda del Tribunato (5), ed ha deciso savinmente, che la porzione dichiarata indisponibile a favore degli ascendenti non dovesse soffrire verun detrimento dal concorso dei collaterali non riservatari. Dapochè come la riserva è una porzione del patrimonio, alla quale è interdetto al disponente di attentare, e ch'essa deve sempre pervenire intiera a coloro, che la legge ne gratifica, bisognerebbe, che gli ascendenti, che volessero completarla nel caso d'insufficienza, ricorressero all'azione di riduzione o contro il legatario, o donatario, o contro i detentori de' beni *ab intestato*. Or la riduzione contro di coloro, che tengono una cosa dalla vocazione del defunto, non è permessa, che inquantochè i beni, de' quali non è stato disposto, si trovano esauriti. Per lo che spetta a' fratelli ed alle sorelle, che non han dritto ad alcuna legittima, e che il defunto avrebbe potuto privare di tutto, di supplire su' beni, che ricevono per la volontà della legge, ciocchè manca, onde la riserva degli ascendenti conservi la sua integrità (6). Ciò si renderà chiaro con un esempio.

Tizio muore lasciando suo padre e sua madre ed un fratello. Il suo patrimonio si eleva a 100mila franchi; e fa ad un compare un legato di 40mila franchi.

In questo caso bisognerà mantenere alla metà la riserva del padre e della madre, ciascuno 25mila franchi; totale 50mila franchi. Il dippiù pagherà il legato di 40mila franchi, e resteranno pel fratello 10mila franchi. Se il legato fosse di 50mila franchi, non rimarrebbe nulla pel fratello.

819. Quando il disponente è minore, l'applicazione dell'art. 904 (b) ha fatto sorgere delle difficoltà nel combinarlo con l'art. 915. Noi però non ne abbiamo veduto giammai delle serie, e la sola fantasia degli autori le ha fatto nascere (7). Non si è veduto, che hanno immaginato, che la riserva degli ascendenti si aumentava in proporzione di quanto è diminuita la capacità del minore? (8) Come se l'incapacità personale, parzialmente pronunziata dall'art. 904, potesse reagire sulla quota della legittima; come se la legittima non dipendesse esclusivamente dal favore del legittimario, che resta sempre lo stesso, o che il disponente sia più o meno capace. Ed è fastidioso d'ingrossare i libri di dritto di questi puerili dettagli, quando vi sono de' così gravi problemi, che chiamano la meditazione.

A che dunque tutto questo si riduce? Niente di più semplice.

È dapprima si sa, che il minore di 16 anni non può disporre, che della metà di quello, di

(a) 680 delle Leggi civili. *Il trad.*

(1) Bordeaux, 24 aprile 1834, 20 marzo 1837 (Devill., 34, 2, 461; 37, 2, 483). Grenier, t. IV, n. 676.

(2) Zachariae, t. V, p. 137.

(3) Nimes, 11 luglio 1827 (Devill., 8, 2, 388) Douai, 5 dicembre 1840 (Dalloz, 41, 2, 142. Devill., 41, 2, 125). Dalloz, t. XII, p. 331, n. 4. Lescot, t. II, n. 353.

(4) Devill., 46, 1, 213.

(5) Fenet, t. XII, p. 445 e 470.

(6) Fenet, *luog. cit.* Grenier, t. IV, n. 577.

(b) 820 delle nostre Leggi civili. *Il trad.*

(7) Grenier, t. IV, n. 578 e seguenti. Egli ha avanzato delle opinioni, e poi le ha ritrattate, il che fa onore alla sua buona fede, ma non alla purità del suo giudizio.

(8) Grenier, *luog. cit.* Delvincourt, t. II, 178, nota 4. Poujol sull'art. 915, n. 10.

Digitized by Google

cui avrebbe potuto disporre nella maggioretà. D'onde siegue, che il minore, il quale avendo suo padre e sua madre, avrebbe potuto disporre della metà de'suoi beni, se fosse stato maggiore, non ha potuto disporre, che del quarto a favore di un estraneo. Per lo che tra le sue mani la massa indisponibile si eleva a' tre quarti.

Questa posizione è chiara, quando il minore non lascia per eredi, che suo padre e sua madre, e non lo è meno, quando lascia più specie di eredi.

Pietro, minore, muore, lasciando una fortuna di 24mila franchi, ed ha per eredi l' avo paterno ed un cugino materno. Col suo testamento fa a Cajo un legato di 9mila franchi; giusto la metà di quello, di cui avrebbe potuto disporre, dapoichè la riserva dell' avo essendo di un quarto o di 6000 franchi secondo il nostro articolo, un maggiore avrebbe potuto fare delle liberalità sino alla concorrenza di 18mila franchi. Ma in conformità dell'art. 904 il minore non può disporre, che di 9mila franchi, ed è quello, che Pietro ha fatto.

Restano dunque 15mila franchi liberi; ed è cento volte evidente, che questi 15mila franchi si divideranno per metà tra il cugino e l'avo, che resta soddisfatto, e al di là, della sua riserva (1). Non si concepisce, come il Sig. Grenier abbia esitato su di un punto così chiaro e così palpabile (2).

820. Supponiamo ora un altro caso. Il minore ha lasciato suo padre e sua madre con de'fratelli e delle sorelle. La sua fortuna è di 40mila franchi; maggiore, avrebbe potuto disporre di 20mila franchi; minore, non ha potuto disporre, che di 10mila franchi, ed in effetti ne ha disposto con delle liberalità testamentarie fatte a de'terzi.

Restano 30mila franchi.

Standosi all'art. 748, questi 30mila franchi dovrebbero dividersi tra il padre e la madre da un lato ed i fratelli o le sorelle dall' altro. Ma 15mila franchi non sono sufficienti per soddisfare il padre e la madre, a' quali il nostro articolo attribuisce 20mila franchi. Epperò questi 20mila franchi saranno completati conformemente al paragrafo finale del nostro articolo a spese de' fratelli e delle sorelle, che prenderanno soltanto 10mila franchi.

821. Si vede, che la riserva resta sempre, la stessa malgrado la circostanza della minorità. Non si cambia nulla all'art. 915, e la somma delle liberalità, calcolata sempre dell'istessa maniera, non soffre altra diminuzione oltre quella, che richiede l'incapacità pupillare.

822. Abbiamo ragionato pel caso in cui le liberalità sono fatte a degli estranei.

Che se poi le liberalità sono fatte a l'istesso ascendente, bisognerà con maggiore ragione tenersi a'la stessa regola, cioè che la liberalità calcolata su ciocchè avrebbe potuto fare un maggiore, riceve la riduzione della sola metà, senza inquietarsi altrimenti di aggravare l' incapacità pupillare per l' indisponibilità della riserva.

Diamo un esempio per farci comprendere il nostro pensiero:

Un minore muore, lasciando solamente suo padre e suo zio materno. Egli lega a suo padre per precapienza ed anteparte la piena proprietà e godimento di tutta la porzione dei suoi beni, di cui la legge gli permette di disporre.

Due sistemi sono stati proposti; ed eccone il primo, che è il vero: Supponiamo l'eredità divisa in otto ottavi; il padre ha quattro ottavi o la metà *ab intestato* secondo l'art. 753 del Codice Napoleone. Se suo figlio fosse stato maggiore avrebbe potuto dargli la rimanente metà, ma essendo minore, non ha potuto disporre, che di due ottavi. Sicchè il padre avrà sei ottavi, o tre quarti e lo zio due ottavi, o un quarto.

Sia dunque un patrimonio di 100 mila franchi; spetteranno al padre 75 mila franchi ed allo zio 25 mila franchi (3).

Nel secondo sistema si procede diversamente (4), e si dice: Se il testatore fosse stato maggiore, la porzione disponibile sarebbe stata di sei ottavi o tre quarti Essendo minore, la disponibilità è ridotta a tre ottavi. Questa sarà dunque la precapienza del padre, e resteranno cinque ottavi, che saranno divisi conformemente all' articolo 753, di sortechè il padre ne avrà cinque ottavi e mezzo invece di sei ottavi, che ha nel primo sistema.

In quanto a noi non esitiamo a pronunziarci contro del secondo sistema. Coloro, che lo professano non fanno attenzione, che vi sono qui delle circostanze particolari, che sconvolgono il loro calcolo. Ed in effetti ragionano, come se la quota disponibile fosse destinata ad un estraneo, ovvero come se la si farebbe in un modo teoretico ed astratto. Ma qui non si tratta di questo, perciocchè è un figlio, che vuole vantaggiare suo padre. e che malestato dalla minorità nella realizzazione dei suoi sentimenti, intende almeno di lasciargli tutto quello, che la legge non gli vieta di donare. Ora se fosse maggiore potrebbe donare lo intiero; quindi, minore, potrà donare la metà di que-

(1) Art. 753.

(2) N: 578 e 583 *ter*. V. un arresto d' Angers de' 16 giugno 1825 (Sirey, 26, 2, 110. Devill, 8, 2, 93). Toullier, t. V, n 117.

(3) Riom, 15 marzo 1824 (Devill., 7, 2, 327) Bourges, 28 gennaio 1831 (Dalloz, 31, 2, 166) Aix (Dalloz, 33, 2, 236). Grenier, t. IV, n. 583 (1°) Lescot, t. II, n. 357. Dalloz, t. V, p. 411. Marcadé su 916, n. 2.

(4) Besançon, 23 novembre 1812. (Devill., 4, 2, 201). Poitiers, 22 gennaio 1828 (Dalloz, 30, 2, 120). Bayle-Mouillard *su Grenier, luog. cit.* Coin-Delisle su 9:5, n. 19.

sto tutto. Questo risultamento è il solo che sia di accordo coo la lettera della legge e la iatenzioae del testatore.

Perchè preoccuparsi della riserva legale del padre, quale l' ha definita l'articolo 915? Essa aoo è in quistioae, nè di essa si tratta nella controversia; il padre aon se ae prevale, e non ha da prevalersene. Imperciocchè suo figlio noa l' ha diminuita ia suo pregiudizio, nel quale caso soltanto occorrerebbe circoscriversi nell'articolo 915. Al contrario il figlio ha voluto doaargli dippiù. Perchè gli sarebbe vietato di raggiungere questo risultameato di devozione e di affetto, mentre, salva la restrizioae della sua capacità a causa della sua minoretà, è padrone relativamente ad ogni altro di fare della cosa sua quello, che vuole? la verità aoa conosco aiente di più bizzarro di questo zio, che vieae ad argomentare dalla legittima del padre per diminuire la liberalità fatta a quest' ultimo.

Epperò è costaate, che il padre avrà tre quarti e lo zio na quarto.

823. Ma il padre potrà reclamare in oltre ia virtù dell' articolo 754 (a) l' usufrutto del terzo di quello, che spetta allo zio? Quest' articolo è generale, e non vediamo perchè aon se ne accorderebbe al padre il beaefizio (1).

824. Per terminare su questo punto resta ad esaminare se la riounzia degli asceadeati alla successione cambia qualche cosa alla quota, di cui il miaore avrebbe potuto disporre.

Questa quistione è stata decisa dalle Corti di Caen (2) e di Bourges (3), nel senso, che la riounzia non aumenta la quota disponibile. Ed a malgrado le osservazioni critiche del sigaor Bayle-Mouillard (4) su questi arresti crediamo col sigaor Caia-Delisle (5), ch'essi sono giuridici, perciocchè la capacità di disporre non è cambiata per effetto di avvenimeati posteriori alla morte.

Diamo na esempio:

Un testatore dell' età maggiore di 16 aaai e miaore di 20 muore, lasciando come soli eredi riservatari aelle due liace due asceadeati di secoado grado. Ha instituito na legatario aaiversale. Se il testatore fosse stato maggiore, la porzione, di cui avrebbe potuto disporre, sarebbe stata della metà, poichè ogni ascendente ha dritto al quarto. Ma essendo minore, noa ha potuto disporre, che della metà della metà, ossia del quarto; epperò il legatario uaiversale non ha dritto, che al quarto. Però i due ascendeati rinunziano; il legatario universale reclama allora la metà di tutta l' eredità per lo motivo che il testatore, se fosse stato maggiore, avrebbe potuto disporre ia suo favore della totalità dell' eredità.

Codesta preteasione deve essere respinta; ed in effetti tutto ciò, che nella successione di na minore è iadisponibile, deve restare nella sua successione *ab intestato*. Gli avveaimeati posteriori alla sua morte aoa possoao nulla cambiare a questa quota, perocchè il divieto di disporre, che gli è fatto, è una legge personale e di capacità, e le qualità della persona e la sua capacità non possono cambiare dopo la sua morte. L' eredità *ab intestato* del minore essendo fissata iavariabilmeate nel momento della sua morte, deve essere divisa tra gli aventi dritto, chiamati secondo le regole della successione intestata. Da che siegue, che la rinunzia di un riservatario noa può profittare ad altri, che agli eredi *ab intestato*.

Senza dubbio risulterà da questo sistema, che i collaterali nel caso, che abbiamo supposto, avranao dritto a' tre quarti de' beni, mentrecchè se aon vi fosse stato veruno asceadeate o erede riservatario, non avrebbero avuto dritto, che alla metà. Ma questo risultamento, che importa? esso è la coaseguenza dell' incapacità di disporre, di cui il miaore è dalla legge colpito

D'altronde osserviamo, che se fosse diversameate, l' ascendente, che riaunziasse, avrebbe per mezzo della sua riaunzia la facoltà di frustrare l'altra liaea a favore del legatario.

825. Dopo di aver esamiaato sotto il punto di vedute dell' art. 915 le quistioni, che si legano all' estensione della legittima a favore degli ascendeati, ci resta a fare rilevare, poter essere questa legittima modificata nel caso dell' art. 1094 del Codice Napoleone; il che si vedrà amplamente nel commentario di quest' articolo (b).

(a) Quest' articolo non è stato riprodotto nelle nostre Leggi civili. *Il traduttore.*

(1) Poitiers e Bourges precit. Grenier, t. IV, n. 583 (5°). Chabot, sull' art. 754, n. 3. Dalloz, t. V, p. 412, n. 23. Lescot, t. II, a. 357. *Contra*, Besançon e Riom precitati.

(2) 16 febbraio 1836 (Devill., 8, 2, 191).

(3) Bourges, 21 agosto 1839 (Devill., 39, 2, 529).

(4) T. IV, p. 94, 95.

(5) N. 15 sull' art. 916.

(b) L' art. 1094 del Cod. Napoleone è soppresso nelle nostre Leggi civili. *Il traduttore.*

Digitized by Google

ARTICOLO 916 — (832).

In mancanza di ascendenti o discendenti le liberalità per atti tra vivi o testamentarie potranno esaurire la totalità de' beni (a).

SOMMARIO

COMMENTARIO

826. Adunque solo in mancanza di ascendenti o discendenti l'uomo può esaurire in liberalità la totalità de' suoi beni. Sinchè la sua esistenza è legata a quella delle persone di questa qualità, la sua libertà è contenuta in una misura proporzionata alle affezioni della natura.

827. Rimarchiamo a tal proposito, che la riserva è così rispettabile, che non basta per conformarsi a' pensieri della legge di non alienarla o non legarla ad altri, ma è d'uopo ancora di lasciarla alle persone chiamate libera piena esente da pesi, da condizioni, e da impicci (1).

In effetti era un principio costante nel dritto romano, che la quarta doveva essere lasciata a' legittimari franca ed esente da tutt' i pesi e da tutte le condizioni, senza di che eravi luogo alla querela d' inofficiosità (2).

I regolamenti di Giustiniano sulla legittima non cambiarono nulla a questo principio; solamente volle, che i pesi, le condizioni, ed i modi, che alterassero la franchigia della legittima, non dassero luogo alla querela d'inofficiosità, ma che queste modalità fossero considerate come non scritte (3).

Ne' paesi di consuetudine come in quelli di dritto scritto la legittima doveva essere lasciata assolutamente libera, il che era la dottrina di tutti gli autori, la quale era fondata su questo, che, la legittima era un beneficio della legge e non della volontà del disponente, e che nulla poteva nuocere a questo beneficio (4).

È chiaro, che non dev' essere altrimenti sotto il Codice Napoleone; chi dice riserva nella nostra attuale legislazione, dice cosa indisponibile. Epperò non è permesso al disponente di alterare in alcuna maniera i dritti dati dalla legge su questa riserva, che è fuori del suo potere. E siccome il valore di una cosa si stima non solamente *quantitate* ma ancora *die, loco, conditione et modo*, ne siegue, che non può egli diminuire il valore de' beni riservati per l'apposizione de' termini, condizioni o pesi, che sarebbero di natura tale da modificare questa liberalità della legge. D' altronde prescrivere delle modalità ad una cosa è una maniera di disporre di questa cosa, e noi abbiamo detto essere la riserva indisponibile. Il perchè è provato che ogni condizione o peso, dal quale il testatore facesse dipendere la petizione della legittima o riserva, sarebbe considerata come contraria alle leggi e come non scritta.

828. Abbiamo detto, che la riserva è qualche cosa d'indisponibile, e che il testatore non può gravarla di condizioni o di disposizioni onerose, ed è chiaro essere questa indisponibilità stabilita unicamente a favore de' figli.

Ecco non pertanto un caso, in cui questa indisponibilità si rivolge contro di loro:

Una madre istituisce per legatario universale il suo unico figlio minore di 18 anni. Ella gli lascia tutti i suoi beni sotto l'espressa condizione, che il padre non ne avrà l'usufrutto paterno (art. 387 Codice Napoleone (b)).

Questa condizione opererà forse su tutti i beni legati? Ovvero produrrà il suo effetto unicamente su' beni, che compongono la porzione disponibile, poichè in quanto al dippiù la madre non ne aveva la disposizione? Si può dire, ch' ella non avrebbe potuto non lasciarla a suo figlio, e per conseguenza non ha potuto mettere alcuna condizione ad una trasmis-

(a) Quest' articolo corrisponde ad è uniforme all'art. 832 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(1) *Infra*, n. 832 e testo dell'art. 917. *Infra* sull'art. 1094. Rouen, 17 febbraio 1844 (Devill , 44, 2, 127). Proudhon, t. II, p. 263; Zachariae, t. V, p. 135.

(2) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 191, ni 19 e 20.

(3) L. 36, § 1, e l. 37, C., *De inoff. test.* Pothier, *luog. cit.* n. 22. Despeisses, *Della legittima*, 2, 2, 9.

(4) Lebrun, 2, 3, 4, 1.

(b) Corrisponde all' art. 301 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

sione, che risulta meno dalla sua volontà, che dalla volontà della legge. Adunque non ha potuto togliere al padre l'usufrutto paterno per questa porzione indisponibile, e solo ha potuto mettere questa condizione a' beni che formano la quota disponibile. Quasi tutti gli autori moderni abbracciano questo sentimento, fondandosi sulla novella 117 (1).

Ma da un altro lato Lebrun non esita a dire, essere una proposizione sostenuta dalla più parte da' dottori, che la legittima può soffrire una condizione, che vien'apposta in favore del legittimario; e che perciò la madre instituendo suo figlio, può ordinare, che suo padre non avrà l'usufrutto su' di lui beni (2).

Questo ci sembra più vero, tantopiù che qui la legittima non è diminuita, che il figlio non ne prova, che del vantaggio, e che la condizione è piuttosto diritta contro di un padre cattivo amministratore (a).

829. Ma se il potere del testatore è stato frenato in quel, che concerne la riserva, dall'altra parte gli è stata data ogni latitudine per disporre del dippiù de'suoi beni, ed il riservatario non avrebbe nessun fondato motivo di dolersi di essere stato ridotto alla quota, che la legge gli ha assegnato. E su questo fondamento la Corte di Parigi ha deciso con arresto dei 28 frimaire anno XIV (3), che que' figli, ai quali il loro padre ha lasciato la loro semplice legittima, non sono ammessi per questo solo ad intentare l'azione *ab irato* contro del suo testamento.

830. Nulladimeno deriva forse da ciò, che un padre senza disporre della quota disponibile, possa ridurre i suoi figli alla sola riserva, limitandosi a dire: « *Voglio, che Cajo e Sejo, miei figli si contentino della loro legittima ?* »

Evidentemente no.

Dopochè le nostre leggi hanno spogliato il padre dell' autorità di diseredare i loro figli, non vi è più, che un solo mezzo di privare questi ultimi della totalità della successione paterna, *salva tamen legittima*; ed è di dare ad altri con una disposizione espressa, rispettando la riserva, quel, che forma la quota disponibile. Volgarmente si dice, essere sovente la volontà dell' uomo più forte di quella della legge, e ciò è vero, soprattutto in materia di successione testamentaria, ove la volontà dell' uomo paralizza l' effetto della volontà della legge. Ma per togliere ad un figlio quel, che la legge gli avrebbe dato *ab intestato*, bisogna, che il defunto ne abbia disposto a favore altrui; d' altronde non si può credere, che la clausola testamentaria, che ci occupa, produrrebbe il suo effetto, dapoichè la quota disponibile rimarrebbe sempre nella successione senza di aver ricevuto veruna destinazione, e la legge allora se ne impadronirebbe per gratificarne il figlio. Non è in potere dell' uomo di sconvolgere l'ordine delle successioni *ab intestato*, se non per la creazione di un ordine nuovo, e null' affatto per una diredazione fuori de' nostri costumi (4).

831. Abbiamo detto, che la sola presenza de' discendenti o degli ascendenti dà luogo a l una riserva: ciò basta per fare intendere, che i fratelli e le sorelle non vi hanno dritto, e più sopra si è veduto (5) per quali ragioni il Codice Napoleone si è determinato a mantenere l' esclusione pronunziata a tale riguardo dal dritto romano.

Articolo 917 — 833

Se la disposizione per atto tra vivi o per testamento è di un usufrutto o di una rendita vitalizia, il cui valore eccede la quota disponibile, gli eredi, a favore de' quali la legge fa una riserva, avranno l' ozione o di eseguire questa disposizione o di abbandonare la proprietà della quota disponibile (b).

SOMMARIO

832. Difficoltà dell' antico dritto sul punto preveduto da quest' articolo.
833. Nè l' erede nè il legatario possono dolersi dell' ozione determinata dal Codice.
834. La facoltà dell' oziune potrà essere invocata dal figlio, unicamente quando avrà giusta ragione di dolersi della liberalità usufruttuaria ?
835. La discussioni del Tribunato e del Consiglio di

(1) Il Sig. Ducaurroy trova in questo qualche cosa di bizzarro. « Voi vi poggiate, egli dice, sull' indisponibilità della riserva; ma questa indisponibilità è stabilita a favore del figlio, e voi ve ne servite contra di lui! Indubitatamente la madre non poteva disporre della riserva in pregiudizio di suo figlio, ma qui ne ha disposto a suo vantaggio, e voi proscrivete questo vantaggio! » *Temi*, t. VI, p. 126.

(2) *Success*, 2, 3, 4, 9. 20. Tal'era pure l'opinione di Accursio sull'Autent. *Ut liceat matri*, e di Vasquiar, 1, 10, 234. Ma Bartolo, Paolo di Castro ed altri erano contrari; sull' Autent. *Excipitur*, C., *De bonis quae liberis*.

(a) Ma il dritto di usufrutto il padre lo riceve dalla legge come un effetto della patria podestà, ed a questo dritto non può derogarsi nè dal figlio nè dalla madre. D'altronde la riserva deriva dalla stessa legge, la quale in caso di minoretà ne dà la proprietà al figlio e l' usufrutto al padre. Di tal chè quest' usufrutto proviene dallo stesso titolo, dal quale il figlio riceve i beni, che vi sono sottoposti. *Il traduttore*.

(3) Devill., 2, 2, 100.

(4) Parigi, 1° maggio 1812 (Devill., 4, 2, 106, Palazzo, 10, 360).

(5) N. 763.

(b) Corrisponde all' art. 833 delle Leggi civili, cui è uniforme. *Il traduttore*.

Stato sembrano dare ragione all'opinione affermativa.
836. Nulladimeno l'opinione contraria sembra essere più conforme allo spirito della legge.
837. Confutazione di un'obbiezione fatta a' porteggiani di questa opinione.
838. Del resto la quistione è piuttosto di scuola, che di pratica.
839. De' mezzi tentati dalla giurisprudenza per valutare un usufrutto o una rendita vitalizia.
840. *Quid* nel caso di un legato di usufrutto, se vi sono più riservatari di contrario avviso?
841. Se si tratta di un legato di uso o di abitazione, gli eredi dovranno mettersi di accordo per esercitare la loro azione.
842. Il legatario dell'usufrutto non diviene per l'abbandono della quota disponibile successore a titolo universale. — Conseguenza.
843. Conseguenza nel caso, in cui i debiti della successione fossero condizionali.
844. I collaterali hanno forse una riserva relativamente al figlio naturale?
845. L'azione non puole più aver luogo, se il riservatario ha consentito con conoscenza di causa al rilascio del legato.

COMENTARIO

832. Or ora lo dicevamo (1): la riserva dev'essere lasciata intatta, e nulla può modificarne l'estensione.

Ma s'è proibito di diminuire la legittima, è vietato pure di convertirla, e per esempio di ricompensare il legittimario in proprietà di ciocchè gli si toglie in usufrutto?

Per esempio un padre lasciando tutt'i suoi beni disponibili ed indisponibili a' suoi figli, li grava di un usufrutto o di una rendita vitalizia. Allora i figli, comunque donatarî dell'intiera successione, non ne hanno tutt'i vantaggi, ed è possibile, che questa distribuzione sembri loro meno comoda del libera godimento e della proprietà della loro semplice legittima.

Grandi discussioni si erano su di ciò elevate nell'antico dritto. Taluni autori sostenevano, che una simile disposizione dovesse rimaner ferma, perchè i figli sono ricompensati della restrizione del loro godimento con la proprietà della porzione disponibile, che il defunto ha loro lasciato. Al che si rispondeva, il testatore avere fatto quello, che non poteva fare, e non fatta quello, che poteva. Ma partendosi da questa idea, ch'era dominante (2), non si era di accordo sul modo di operare la riduzione, e numerose liti turbavano le divisioni (3).

833 Il Codice Napoleone ha voluto prevenirle con una regola semplicissima, la cui idea già esisteva nell'antica giurisprudenza.

Secondo l'art 917 la disposizione in usufrutto o in rendita vitalizia non è riducibile, ma se il legittimario prova, essergli onerosa, ha il dritto di astringere il donatario a ricevere in rimpiazzo la quota disponibile (4). Costui non può dolersene, perchè gli si abbandona tutto ciò, che il defunto poteva lasciargli. In quanto all'erede, egli lo può anche meno, perchè la legge gli lascia l'ozione o di eseguire la disposizione tale, qual'è, o di convertirla in donazione della quota disponibile. Il che Treilhard riassumeva con precisione: « Nè « l'erede nè il legatario possono dolersi. Il « primo ha un mezzo di affrancarsi dalla ren« dita, ed il secondo acquista una proprietà in « rimpiazzo di un semplice usufrutto (5). »

834. Però questa regola secondo il testo ben preciso del nostro articolo è forse unicamente applicabile al caso, in cui il riservatario prova, che soffre una perdita od un danno senza compenso? Ciò non facendo, la sua azione è forse inammessibile, ed il legatario può respingerla?

Nell'antica giurisprudenza era costante, che anche quando il padre avesse ricompensato suo figlio in piena proprietà di quanto gli toglieva in usufrutto. il figlio aveva il dritto di abbandonare la disposizione, di rinunziare all'eccedente della proprietà, e di starsene alla sua legittima (6).

Ma il testo del nostro articolo sembra di non prestarsi a questa soluzione. Si può dire, prendendolo alla lettera, che onde il figlio possa essere ascoltato nella sua doglianza, è d'uopo, che abbia ragione di lagnarsi; che suo padre abbia ingiustamente detratto dalla sua legittima; che siasi mostrato inafficioso, non molto pensando al proprio sangue: ma che quando il padre ha ricompensato il figlio, e che quest'ultimo si trova indennizzato in proprietà di quello, che perde in usufrutto, il nostro articolo gli chiude la bocca; che il padre non era tenuto di pagare la legittima in tale valore piuttosto, che in tale altro; ch'egli ha fatto un'equa compensazione, e che bisogna lasciare qualche cosa alla sua descrizione.

835. Questo modo di vedere sembra fortificarsi co' lavori preparatori del Codice Napoleone.

Sentiamo il Tribuno Jaubert ch'esponendo al Tribunato il senso dell'art. 917, diceva:

(1) N° 827 e seguenti. Tronchet (Fenet, t. XII, p. 327).
(2) Tronchet, *luog. cit.*
(3) Lebrun, 2, 3, 4 e seguenti.
(4) Secondo Lebrun, 2, 3, 4, 5. Pothier, *Donat. test.* 4, 2, 5.
(5) Fenet, t. XII, p. 328.
(6) Lebrun, *luog. cit.*, 3 e 7.

Digitized by Google

« La legge non vuole, che sotto pretesto di « ritrovare la legittima, gli eredi possano al- « terare delle disposizioni dettate dalla bene- « volenza o anche dalle convenienze. »

« Se dunque si tratta d' una disposizione, « che versa su di un usufrutto o di una ren- « dita vitalizia, gli eredi non avrebbero il drit- « to di sconoscerla per la sola ragione, che « eleggerebbero di fare l'abbandono della pro- « prietà della quota disponibile. »

« Un precedente è necessario, e si è, che « sia provato, che la liberalità eccede la quo- « ta disponibile (¹). »

Da un altro lato l'articolo primitivamente redatto dal Consiglio di Stato, non conteneva queste parole : « *Il cui valore eccede la quota disponibile* (2) » e sono stato introdotte in una seconda redazione (3), quella, che fu comunicata al Tribunato ; e comunque i processi verbali non dicano i motivi di quest'addizione, si deve credere non essere avvenuta senza ragione, e che la vera sia quella espressa dal Tribuno Jaubert.

836. Nondimeno tale opinione non è generalmente ammessa, e gli autori più gravi ed in più gran numero stimano, che il riservatario è giudice della sua ozione, ben pensando, che egli non cercherà di rovesciare la di posizione, se non quando ne proverà un pregiudizio, e che la ricompensa non sarà soddisfacente (4).

Confesso, che sono molto inclinato a preferire questo sentimento malgrado l' imbarazzo d'una redazione, di cui la lettera uccide lo spirito, e ch'è poco conciliabile co' principî generali.

Ed in effetti è certo, anche volgare in dritto, che non si è tenuto di accettare un benefizio suo malgrado: *invito beneficium non datur* Il perchè ciascuno ha il dritto di ripudiare un legato, che gli è fatto. Or che cosa è la disposizione di un padre, che con una donazione di proprietà indennizza suo figlio di quello, che gli toglie in usufrutto ? Non altro, che un legato. E perchè dunque il figlio non potrebbe ripudiare il legato di suo padre per starsi al dritto, che la legge gli dà ?

In quanto a' due titoli a suo favore si è sempre padrone di scegliere quello, che sembra più vantaggioso. Il figlio ha due titoli, quello della legge e quello del testamento. Non è nel suo dritto, quando preferisce il primo al secondo?

A questa quistione non veggo soddisfacente risposta.

D'altronde ho molta propensione per un' interpretazione, che previene le liti, che rende inutili dell'estimazioni ipotetiche, o simplifica le posizioni

837. Si è rimproverato a questa opinione di essere troppo contraria al testo della legge per essere ammessa (5); e (ciocchè vi è di singolare) si è proposto in sua vece un altro sistema, che non è meno al di fuori di questo stesso testo. Ed in vero giusta la redazione letterale l'ozione sembra dipendere dal caso, in cui « il valore dell' usufrutto e della rendita « vitalizia eccede la quota disponibile. » Nullladimeno si vuole, che l'ozione dipenda solamente dal caso, in cui il godimento donato sorpassi il godimento della quota disponibile, ed usurpi sul godimento della riserva. Non v'à nulla di ciò nella legge, ed in questo sistema non si va lontano dal testo meno del nostro.

838. Ma quello, che mi rassicura si è, che queste quistioni sono piuttosto della scuola, che della pratica, imperciocchè non si veggono de' riservatari insorgere contro i loro propri interessi, e ripudiare le donazioni, che sono loro vantaggiose ; qui l'interesse delle parti è il migliore interprete della legge.

839. La giurisprudenza è ricorsa a diversi mezzi per valutare un usufrutto o una rendita vitalizia.

Emilio Macer ha esposto le idee di Ulpiano a tal riguardo (6) Si ha ancora una legge del 13 piovoso anno VI relativa alle rendite vitalizie, create nella durata del deprezzamento della carta monetata. In fine è presso a poco ammesso, che la donazione della metà in usufrutto equivale al quarto in proprietà (7) Nulla di meno vi è sempre un calcolo di probabilità. ch'è abbandonato alla savièzza del giudice.

840. Quando vi sono più eredi, ciascuno può fare il suo abbandono particolare ed individuale, se ciò gli conviene, mentrechè gli altri si tengono alla disposizione. Trattasi qui di dritti divisibili, e la volontà dell'uno è indipendente dalla volontà dell' altro (8).

Vanamente si oppongono col Sig. Duranton gli articoli 1670 1685 del Codice Napoleone (9), (a), imperocchè questi due articoli formano un' eccezione al principio della divisibilità, e sono fondati sul favore dovuto all' acquirente, che non potrebbe suo malgrado essere evitto partitamente (10). Nè si possono estenderli fuori del loro preciso caso, soprattutto qui, ove il legislatore non ha detto nulla di simile.

841. Il nostro articolo parla solo del peso

(1) Fenet, t. XII, p. 593.
(2) Fenet, t. XII, p. 299, art. 19.
(3) Fenet, p. 420.
(4) Grenier, t. IV, n. 638; Toullier, t. V, n. 142; Proudhon, *Usufrutto*, n. 338; Duranton, 8, 345; Dalloz, t. V, p. 4.2, n. 25.
(5) Coin-Delisle su 917, n° 7 e 8; Lescot, t.II, n.370; Bayle Mouillard *su Grenier*, t. IV, p. 291.
(6) L. 68, D., *Ad leg. falcid.*
(7) *Infra*, n. 938, sull' art. 922.
(8) Grenier, t. IV, n° 638, 644, e le note di Bayle-Mouillard; Toullier, 5,143; Proudhon, n. 342; Dalloz, 5, p. 413, n. 28; Coin-Delisle, su 917, n. 11 ; Lescot, t. II, n. 375.
(9) T. VIII, n. 516.
(a) Corrispondo agli articoli 1516 o 1531 delle Leggi civili. *Il traduttore.*
(10) Il mio comm. della *Vendita*, n° 749 e 858.

di un usufrutto o di una rendita vitalizia, ma è evidente, che si applica ancora ad un dritto di uso e di abitazione. Ma poichè il dritto di uso e di abitazione è indivisibile, gli eredi, se ve ne sono più, debbono porsi di accordo per esercitare la loro ozione (1).

842. L'abbandono della quota disponibile a de' legatari gratificati solamente a titolo particolare, non ha per effetto di renderli successori a titolo universale, comunque ricevano una quota dell' eredità (2). Senonchè sopporteranno i debiti sino alla concorrenza dei beni ad essi abbandonati, ed anche, come lo dice Pothier, l'erede che ha soddisfatto, o deve soddisfare questa parte, può farne deduzione verso i legatarî sui beni, che loro abbandona (3).

Come tutto si contraddice in questo mondo, si è contraddetto questo punto di dritto (4), e si è detto che non poteva dipendere dalla volontà dell' erede di cambiare la natura del legato; che tutto qui si risolve in un modo di pagamento, sostituito ad un altro, ma che il titolo originario non è alterato; che il legatario restando un legatario particolare, non è soggetto ai debiti.

Ma poichè la legge autorizza l' erede a convertire il legato in abbandono della quota disponibile, come volete voi, che la quota disponibile si stabilisca senza dedurre i debiti? Intendete voi, che l' articolo 917 abbia per risultamento di non lasciare al figlio la sua riserva intiera (essa non sarebbe intiera, se fosse il nulo della totalità dei debiti), quando si sa, che questo articolo ha avuto per obbietto di mantenere in tutta la sua forza il principio, che la riserva non potrà essere diminuita? Indubitatamente il riservatario rappresenterà solo il defunto, e contro di lui solo le azioni si eserciteranno; ma egli non avrà meno il dritto di fare contribuire colui, che effettivamente riceve la quota disponibile (5).

843. Se i debiti fossero condizionali o contradetti, l' erede non riterrebbe nulla, e basterebbe, che i legatari gli dassero cauzione di conferire la parte, che i beni abbandonati dovranno sopportare sui detti debiti nel caso, che la condizione arrivi, e che sia giudicato essere dovuti. Tale è la decisione di Pothier (6).

844 Siccome i collaterali sono relativamente al figlio naturale in una posizione, che ha qualche rapporto con quella dei riservatari, il signor Proudhon (7) crede, che la facoltà di ozione deve essere loro accordata. È un errore grave, cumechè i collaterali non hanno riserva, ed il testatore avrebbe potuto spogliarli di tutto a favore di un estraneo. Il perchè hanno eglino solamente il dritto di fare ridurre la disposizione eccessiva, fatta al figlio naturale in disprezzo della famiglia legittima (8). Si osservi però che dimandando questa riduzione, i collaterali non hanno a temere l'eccezione cavata dall' articolo 921. Ne abbiamo detto più sopra la ragione (9).

845. Se il riservatario ha consentito con cognizione di causa al rilascio del legato, si eleverà contro la sua tardiva ozione un motivo d' inammessibilità; altrimenti sarà ammesso a fare l' abbandono. Si presume facilmente, che il figlio aveva creduto, essersi preso da suo padre le misure per conservare intatta una riserva, alla quale non poteva attentare, e che nell' accettare la disposizione non ha inteso di pregiudicarsi.

Il perchè sarà prudente di costringerlo a spiegarsi, obbligandolo o di accettare il peso o di rinunziare alla disposizione (10).

Articolo 918 (834).

Il valore in piena proprietà de' beni alienati sia con peso di rendita vitalizia, sia a fondo perduto o con riserva di usufrutto ad uno de' successibili in linea retta, sarà imputato nella porzione disponibile, e l' eccedente, se ve n' è, sarà conferito alla massa. Questa imputazione e questa collazione non potranno essere dimandate da que' successibili in linea retta, che avessero consentito a queste alienazioni, nè in verun caso da' successibili in linea collaterale (a).

SOMMARIO

846. Scopo della disposizione dell' art 918.
847. In altri tempi i contratti, di cui si tratta in questo articolo, erano sottoposti al dritto comune.
848. Proibizione della legge de' 17 nevoso anno II. — Abrogazione dalla legge de' 4 germinale anno III.
849. Combinazione di queste due leggi nel Codice.

(1) Coin-Delisle, *luog. cit.* ai 9 e 12. Lescot, n. 376.
(2) Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. IV, p. 293.
(3) *Su Orleans*, 16, 58.
(4) Proudhon, n. 341; Dalloz, t. V, p. 413, n. 29.
(5) Art. 922.
(6) Bayle-Mouillard, *luog. cit.* Coin-Delisle su 917; n. 10; Lescot, t. II, n. 378.
(7) *Luog. cit.*
(8) N. 352.
(9) Dalloz, 5, p. 413, n. 30; Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. IV, p. 293.
(10) Sopra, n. 534.
(11) Lebrun, 2, 3, 4, n. 17.
(a) Corrisponde, ed è uniforme all' art. 834 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

COMENTARIO

846. Comunque la legge abbia accordato ai padri una latitudine sufficiente per avvantaggiare uno dei loro figli (art. 919 (a)), sovente avviene, che delle affezioni esagerate non si trovano soddisfatte. Allora cercano di eludere la legge per mezzo delle simulazioni; fingono col figlio preferito dei contratti onerosi, che altro non sono, che delle donazioni occulte, sperando sfuggire con questo giro alla limitazione della legge. Queste debolezze del cuore paterno sono troppo ben provate dall'esperienza, perchè il legislatore non se ne sia preoccupato. Epperò è stato emanato l' articolo 918 per torre al padre uno dei mezzi di eludere i divieti della legge (1).

Tra i contratti in apparenza a titolo oneroso, che servono il più sovente a mascherare dei vantaggi eccessivi, ve n' ha di quelli, che sono più particolarmente gl' ausiliari della frode; tale è l' alienazione fatta ad un figlio, sia a rendita vitalizia, sia a fondo perduto, sia con riserva di usufrutto. La legge suppone di pieno dritto, essere questi contratti simulati; non essere in sostanza, che delle donazioni; non avere voluto fare le parti un atto di commercio, ma invece aver voluto il padre fare un vantaggio, che sfuggisse alla critica degli altri suoi figli. È questa una presunzione *juris et de jure*, contra della quale non è ammessibile veruna pruova, all' infuori di quella, che autorizza l' ultima parte del nostro articolo, e di cui ben tosto parleremo. È l' applicazione della regola « *inter proximos fraus facile praesumitur.* » Ma questa applicazione è qui più rigorosa che altrove, dappoichè in principio generale i contratti non sono vietati tra il disponente ed i suoi eredi (2), nè sono dichiarati fraudolenti, che in quanto la frode è provata. Nella nostra specie la frode è presunta di esistere *ipso facto*.

847. Altravolta i contratti, di cui si occupa il nostro articolo, erano sottoposti al dritto comune. La giurisprudenza si occupava di verificare, se fossero di buona fede o fraudolenti (3), e li validava o annullava secondo le circostanze.

848. La legge dei 17 nevoso anno II. preoccupata sino all' eccesso del bisogno di mantenere l' eguaglianza delle divisioni, aveva vietato le alienazioni a fondo perduto o a rendita vitalizia, fatte in linea retta o collaterale ad uno degli eredi presuntivi o ai suoi discendenti, a menochè gli altri eredi non avessero dato

(a) Leggi civili, art. 835. *Il traduttore*.
(1) Bigot (Fenet, t. XII, p. 331).
(2) Art. 853, codice Napoleone.
(3) Portalis (Fenet, t. XII, p. 332).

il loro consentimento. Aveva compreso, che non si ometterebbe di avvalersi di questi contratti per stabilire delle ineguaglianze contrarie ai suoi principii, ma reclamate dai costumi delle famiglie (1).

La legge dell'anno VIII aveva tolta questa eguaglianza assoluta della legge dei 17 nevoso anno II, permettendo ai successibili di ricevere delle liberalità sino alla concorrenza della quota disponibile; sì che la disposizione relativa ai contratti in quistione si trovò abrogata (2), e si rientrò nel dritto comune.

849. Il Codice ha permesso ancora ad esempio della legge dell'anno VIII le liberalità abili ad avvantaggiare uno o più figli, ma non ha voluto, che l'ineguaglianza sorpassasse la misura, da esso autorizzata. E siccome le alienazioni a rendita vitalizia, a fondo perduto, o con riserva di usufrutto aprono delle vie facili alla simulazione, ha applicate al suo sistema di eguaglianza mitigata una presunzione di frode, che la legge dell'anno II aveva stabilita per un sistema di eguaglianza assoluta.

850. Epperò i contratti, di cui si tratta, sono delle liberalità presunte, delle donazioni occulte.

D'onde due conseguenze: o la liberalità non eccede la quota disponibile o l'eccede.

Se non eccede la quota disponibile, il successibile può ritenere la donazione a titolo di vantaggio per precapienza, dapoichè il dispenente ha ben potuto fare indirettamente a suo favore quel, che la legge l'autorizzava a fare direttamente.

S'eccede la quota disponibile, il successibile vantaggiato dovrà a' suoi coeredi la collazione del dippiù. Il resto verrà imputato sulla quota disponibile, e da lui ritenuto.

Sotto la legge di nevoso anno II la liberalità doveva essere conferita per lo intiero, comechè per un ardente desiderio di uguaglianza questa legge vietava di nulla donare ad uno de' suoi eredi. Ma la legislazione attuale, che dà il dritto di avvantaggiare un successibile in limiti determinati, sarebbe stata inconseguente, esigendo la collazione della totalità. Per lo che limita questa collazione all'eccesso della porzione disponibile.

851. Abbiamo detto, che la legge reputa liberalità le alienazioni a titolo oneroso, che ci occupano. Alla quale regola non vi è, che una sola eccezione, ed è, quando gli altri consuccessibili in linea retta hanno consentito a queste alienazioni. Questo consentimento da parte d'individui interessati, perchè il loro autore non si spogli gratuitamente in loro pregiudizio, dà all'atto una garentia ed un carattere di sincerità, tutt' affatto incontestabile. Forse ciò è una derogazione al principio, che vieta di pattuire sulla successione di un uomo vivente (3); ma questa derogazione si spiega co'più plausibili motivi. La legge volendo prevenire le contestazioni, non ha veduto mezzo migliore della testimonianza della famiglia per stabilire, che l'alienazione è stata fatta a titolo oneroso, che non è una liberalità occulta e che il successibile ha pagato l'equivalente di quello, che ha ricevuto.

Ciò premesso, vanamente dopo la morte del loro autore i consuccessibili verrebbero a dire, il loro consentimento essere stato dato per compiacenza o per timore riverenziale, *ne pater*, come diceva Dumoulin, *pejus faceret* (4), e che il padre nel determinarli col suo ascendente e con la sua domestica autorità a riconoscere come oneroso un contratto, ch'era a titolo gratuito, ha da loro ottenuto una rinunzia ad un dritto da esercitare su di una successione futura. Imperciocchè la legge non permette di scrutinare dopo il fatto questi patti di famiglia, e ne presume di pieno dritto la sincerità dall'istante, in cui è stato dato un consentimento libero, nè vuole, che un consentimento da essa richiesto per evitare le liti, divenga materia d'una lite.

Solamente quando il consentimento fosse stato estorto per frode, violenza, ec. ec., si rientrerebbe nel dritto comune (5).

852. È fuori dubbio, che se fra i successibili ve ne fossero di quelli, che avessero dato il loro consentimento all'alienazione, ed altri, che l'avessero ricusato, allora la stessa alienazione sarebbe considerata a titolo oneroso a riguardo de' primi, e come disposizione gratuita relativamente agli altri. Il che è fondato su questo, che i dritti di coloro, a' quali la legge attribuisce una riserva, sono divisibili fra loro, e che il fatto dell'uno non può nè profittare nè nuocere agli altri (6).

853. Si domanda se la legge si contenta del consentimento di coloro, ch'erano successibili nel momento dell'atto, ovvero se coloro, che non essendo successibili nel momento dell'atto, lo sono divenuti all'apertura della successione, potrebbero opporre la mancanza del loro consentimento.

La giurisprudenza ha tagliata questa quistione in un senso, che non tutti gli autori hanno approvato, ma con degli arresti così numerosi da non potersene rifiutare l'autorità. Aggiungiamo, che l'interpretazione data dalla giurisprudenza prende un solido punto di ap-

(1) V. il decreto de' 22 ventoso anno II.
(2) Cassazione, 21 ventoso anno XIII (Devill., 2, 1, 83).
(3) Cassazione, 2 gennaio 1828 (D., 28, 1, 80). Grenier, t. IV, n. 642. Argomento da quello, che dice Lebrun, *Successione*, 2, 6, 1, 4, n. 29.
(4) *Su Vitry*, art. 99. Lebrun, *loc. cit.*, n. 26.
(5) V. un arresto della corte di Cassazione de' 2 di gennaio 1828 (Dalloz, 28, 1, 80), Baylo-Mouillard, t. IV, p. 299. Lescot, t. II, n. 401.
(6) Grenier, t. IV, n. 644.

poggio nella legge de' 22 nevoso anno II (1), di cui l'art. 918 è una imitazione. È stato dunque deciso, che la parola *successibile* adoprata nel nostro articolo, s'intende di tutti coloro, che alla morte dell'ascendente hanno un dritto alla sua successione. L'art. 918 non considera solo gli eredi esistenti prima dell'alienazione ma anche gli eredi nati dopo di questa stessa alienazione (2). L'espressione *successibili* non potrebbe intendersi, che di coloro, che hanno in tempo della morte un dritto reale e positivo alla successione, dapoichè solo in quest'epoca vi sono de' successibili; prima non vi è successione.

854. Partendo da questa idea, la Corte di Agen ne ha fatto l'applicazione al figlio naturale divenuto successibile dopo l'alienazione per un riconoscimento di sua madre; ed ha assimilato questo riconoscimento alla sopravvenienza di un figlio legittimo, che seguisse l'alienazione (3).

« Attesochè, dice l'arresto di questa Corte, la legge dando a tutt'i successibili, che non hanno consentito all'alienazione, il dritto di querelarla, non ha voluto indicare con questa parola di *successibili*, se non coloro, che hanno in tempo della morte un dritto reale e positivo alla successione; che in effetti non vi sono successibili, che in quest'epoca, perchè solamente allora vi è una successione, e che allora solamente si possono conoscere coloro, cha la legge chiama alla successione; che se non fosse stato tale il pensiero del legislatore, non avrebbe adoprata la parola *successibili*, e l'avrebbe modificata con qualche altra espressione; che importa poco quali possono essere le dispiacevoli conseguenze della letterale applicazione della legge; che quando parla senz'ambiguità, dev'essere rigorosamente eseguita; — Attesochè d'altronde non importa affatto, che Anna Coste non sia stata riconosciuta, che dopo l'atto de' 18 di aprile 1826, dapoichè non era meno successibile in tempo della morte di sua madre; dev'essere di questa riconoscenza come della sopravvenienza di un figlio legittimo dopo un simile atto di alienazione; nell'uno come nell'altro caso si tratta d'una successione aperta, di determinarne il valore, di liquidarne la quota disponibile, e di attribuire a ciascuno il proprio dritto; che invano si direbbe, che il figlio naturale, sebbene riconosciuto, non ha la qualità di erede; che non è men vero, che la legge gli dà un dritto su' beni, gli fa una riserva, della quale determina i limiti; da che siegue, che l'azione di Anna Costa dev'essere dichiarata ammessibile »

855. Il consentimento de' successibili può precedere o seguire il contratto (4).

Questo consentimento può pure essere tacito, comechè la legge non ha imposto su di ciò delle forme sacramentali. Così un'esecuzione volontaria può essere considerata come importante consentimento (5).

856. Rimarcate per altro, che il consentimento de' successibili non ha autorità, che nei casi, strettamente preveduti dal nostro articolo.

Epperò non sarebbe di alcuna considerazione, se fosse dato per contratti diversi da quelli menzionati nell'art. 918, per esempio per un contratto di rendita perpetua (6).

Così ancora non legherebbe i successibili, se versasse su di un contratto stipulato con una persona, che non fa parte da' successibili (7).

Per esempio:

Primo vende un immobile con riserva di usufrutto a Terzo, suo nipote; Secondo, erede di Primo e padre di Terzo, interviene in questa vendita, e dichiara di consentirvi, rinunziando ad ogni quota di legittima e supplemento di legittima. Se Secondo vuole rivenire contro di questo consentimento, non gli si potrebbe opporre l'art. 918, dapoichè l'atto, al quale ha dato la sua adesione non è stipulato ne' termini di questa disposizione, e niun mezzo d'irrecettibilità gl'impedisce di provare, non essere la vendita, che una donazione occulta.

857. Ciò ci conduce a precisare d'una maniera più particolare il carattere de' contratti, che il nostro articolo ritiene di pieno dritto per simulati.

Il primo è l'alienazione a rendita vitalizia. Pietro vende tal fondo a suo figlio primogenito mediante 2 mila franchi di rendita vitalizia. Un tal contratto si presume donazione (8)

Dopo è l'alienazione a fondo perduto, como per esempio Pietro vende la sua casa al suo figlio maggiore, se costui gli dà un dritto di abitazione vitalizia nel suo castello di Valen-

(1) Art. 26.

(2) Cassazione, 25 novembre 1839 (Devill., 40, 1, 33) Poithier, 23 marzo 1839 (Devill., 39, 2, 295). Rouen, 31, luglio 1843 (Devill., 44, 2, 293). V. in contrario Toullier, t. V, n. 152. Grenier, t. II, n. 642, e Bayle-Mouillard, p. 310. Merlin, Repert., v. *Riserva*, sezione 3, § 3, n. 6. Lescot, t. II, n. 407.

(3) 29 novembro 1847 (Devill., 48, 2. 29 e 30).

(4) Montpellier, 6 genn. 1829 (Dalloz, 30, 2, 79).

(5) Cassazione, 30 novembre 1841, sezione de' ricorsi (Dalloz, 42, 1, 31, Devill., 42, 1, 282).

(6) Cassazione, 12 novembre 1817 (Dalloz. 18, 1, 16).

(7) Grenoble, 25 marzo 1831 (Dalloz, 32, 2, 205).

(8) Vedi il mio commentario degli articoli 1968 e seguenti del Codice Napoleone. Ivi ho detto, che il contratto di rendita vitalizia era ignoto a' romani n. 204. Il sig. Lescot crede di avere io commesso un errore, e mi oppone la legge 1, C., *De donat quae sub modo*, ma non fa attenzione, che in questa legge si tratta d'una *donazione* (*donatum a te*), mercè l'obbligazione imposta al donatario di fornire certi alimenti al donante; il che non è il contratto di rendita vitalizia.

Digitized by Google

roi. Ogni alienazione a rendita vitalizia è un fondo perduto, ma ogni fondo perduto non si traduce in una rendita vitalizia.

In fine è l'alienazione con peso di usufrutto. Pietro vende al suo figlio maggiore la sua casa della piazza Vendôme mediante 40mila franchi con riserva di usufrutto.

858. Tutti gli autori hanno ripreso il signor Duranton di avere insegnato, che la stipulazione d'una rendita perpetua pel trasferimento di un fondo o di una somma di danaro costituisce un fondo perduto. Ed in effetti è evidente, che un fondo, destinato a produrre perpetuamente una rendita, non è perduto. La rendita vitalizia si estingue con la vita del creditore vitaliziante, ed ecco perchè il fondo n'è perduto. Ma una rendita perpetua, che deve durare sempre, non importa la perdita del fondo, che produce questo annuale benefizio (1).

859. Importa poco che la cosa alienata sia un immobile o un capitale. La legge non distingue, nè doveva distinguere. Non v'ha nulla di più evidente della nostra proposizione (2).

860. Ma una quistione più grave consiste nel sapere, se l'art. 918 è applicabile alle alienazioni con peso di rendita vitalizia non a favore del padre ma a favore di un terzo.

La Corte di Cassazione ha deciso, che non bisognava fare distinzione, perchè l'art. 918 non ne fa (3). Un altro arresto de' 27 di aprile del 1808 conduce ad un risultamento contrario (4).

Il primo di questi arresti è stato fortemente criticato (5). Gli si oppone, che la simulazione, così facile a presumersi tra il padre ed il figlio, non potrebb'essere ammessa nello stesso modo, quando le annualità sono ricevute da un terzo, che ne dà quietanza ecc.

Ma vediamo le specie.

Nell'arresto della Corte di Cassazione de' 7 di agosto 1833 trattavasi di un contratto tra il sig. Bidon e suo figlio maggiore; contratto per lo quale il sig. Bidon figlio si era obbligato per appalto mercè un capitale di 15mila franchi, che aveva ricevuto da suo padre, a pagare diverse partite di rendita, che unite, si elevavano a 15mila franchi, che il padre doveva a differenti persone. Per lo stesso contratto il sig. Bidon figlio mercè un altro capitale di 30 mila franchi, che aveva egualmente ricevuto da suo padre, aveva costituito a di lui favore una rendita vitalizia di 3mila franchi.

Alla morte del sig. Bidon padre gli altri figli dimandarono contro il loro fratello maggiore la collazione de' capitali, che aveva ricevuto dal comun padre col peso di rendite vitalizie da corrispondersi, sia allo stesso Bidon padre, sia a de' terzi.

Bidon figlio sostenne, che per lo meno bisognava distinguere nella specie tra il capitale di 30mila franchi, destinato al pagamento di una rendita vitalizia a favore del padre comune, ed il capitale di 15mila franchi destinato al pagamento delle rendite, che quegli doveva a de' terzi; nel qual ultimo caso non si potev' ammettere la presunzione di un vantaggio indiretto dal padre al figlio nel senso dell' articolo 918 del Codice Napoleone.

Un arresto del 7 di febbraio 1829 della Corte di Angers (6) rigettò questa distinzione, e condannò Bidon figlio alla collazione integrale delle somme, da lui ricevute.

Innanzi la Corte di Cassazione il Consigliere relatore fece osservare, che se un padre di famiglia potesse trasmettere ad uno de' suoi eredi il peso di pagare delle rendite vitalizie, che aveva di già costituito, e che avesse pagato da molto tempo, e rimettergli in pari tempo i capitali, da lui ricevuti per tali costituzioni, potrebbe risultare da questa sostituzione dell'erede all'autore comune un utile considerevole pel successibile, che raccoglierebbe il benefizio delle estinzioni.

L'arresto della Corte decise nel più assoluto modo non esservi da farsi nella specie veruna distinzione, e che l'art. 918 non ne aveva fatta alcuna tra l'impiego fatto sulla testa dell'autore comune e quelli eseguiti su delle teste estranee; che in conseguenza in tutt' i casi si debbono considerare come impiego a fondo perduto nel senso dell'art. 918 gl' impieghi fatti su teste straniere o sulla testa del venditore ogni volta, che l'alienazione è fatta dall'autore comune a favore del successibile, ch'è chiamato a raccogliere il benefizio dell' alienazione in tempo dell' estinguimento della rendita.

Ci pare difficile di rispondere alla Corte di Cassazione ed alla considerazione messa innanzi dal Consigliere relatore.

Epperò Bayle Mouillard (7), tuttochè unisce le sue critiche a quelle del sig. Coin-Delisle che vuole, che queste locuzioni *a rendita vitalizia ed a fondo perduto* siano esclusivamente relative alla persona del venditore, confessa nondimeno, potere avvenire, che la soluzione della quistione dipendesse dalle circostanze.

È vero, che l'arresto di cassazione precitato de' 27 di aprile 1808, renduto per applicazione della legge de' 17 nevoso anno II, dà alle parole *fondo perduto* (di cui anche si serviva

(1) Cassaz., 12 novembre 1827. (Dalloz, 28, 1, 16) Pothier, Cost di rend. n.i 227, e 249.

(2) Cassaz., 7 agosto 1833. (Devill. 33, 1, 699, Dalloz, 34, 1, 55). Arg. dagli art. 1968, 1970 Cod. Nap.

(3) 7 agosto 1833 precitato. Angers, 7 febbraio 1829 (Dalloz, 29, 2, 34).

(4) Devill., 2, 1, 522.

(5) Coin-Delisle, art. 918, n. 5. Lescot, t. II, n. 392. Bayle-Mouillard *au Grenier*, t. IV, p. 295.

(6) Sirey, 29, 2, 171.

(7) *Loc. cit.*

l' art. 26 di questa legge) la stessa significazione de' Signori Coin-Delisle e Bayle Mouillard. Ma trattavasi nella specie di una vendita fatta ad un successibile con peso di rendita vitalizia a favore della moglie del venditore. Or l'arresto decide, non essere questa la vendita a fondo perduto, avente il carattera proibito, attesochè non è una vendita a fondo perduto a favore del venditore.

Quest'ultima soluziona ci sembra così poco giustificata sotto la legge di nevoso, come lo sarebbe sotto il Codice Napoleone, e non esitiamo a dare la preferenza alla soluzione data dall'arresto del 1833.

861. L'art. 918 potrebb' essere applicato, anche quando la riserva dell'usufrutto a favore del padre fosse soltanto parziale Così un padre vende una casa ad uno de' suoi figli, e stipula sia nello stesso atto, sia in un atto posteriore, che conserverà sua vita durante l'usufrutto di due appartamenti del pian terreno (1); ovvero vende ad uno de'suoi successibili tre case e si riserba l' usufrutto di una di esse (2). In questi diversi casi vi è luogo all' applicazione dell' art. 918.

862. Quando il contratto presenta le condizioni di esistenza di uno di que' contratti, cui mira l'art. 918, il contratto non solo si presuma essere una liberalità, ma si presume pure una liberalità con dispensa dalla collazione. Il che risulta espressamente dal nostro articolo, poichè vuole, che la donazione s'imputi nella porzione disponibile.

Ma perchè non trattare queste donazioni come anticipazioni di eredità? Perchè accordare a queste donazioni occulte un privilegio, che non hanno delle donazioni fatte sinceramente ed apertamente? La dispensa dalla collazione, che non si suppone mai, è forse così profondamente gravata in queste donazioni occulte da sottrarle alla disposizione dell' articolo 843. ? (a) Come conciliare l'art. 918 con l' art. 853 (b), che considera come conferibili i vantaggi indiretti? In una parola i contratti, di cui si tratta contengono essi la dispensa espressa dalla collazione, richiesta dalla Novella 18 capitolo 6 e dagli articoli 918 ed 843 del Cod. Napoleone?

Come si vede, queste quistioni penetrano nelle viscere dell' art. 918.

Ecco come vi si può rispondere.

Quando un padre animato dal desiderio di fara un vantaggio a suo figlio, sceglie a disegno un contratto a titolo oneroso, quale uno dei tre considerati dal nostro articolo, per investirlo dell' ammontara della sua liberalità, mostra con ciò, essere sua intenzione, ch' egli possegga la cosa allo stesso titolo, che se l'avesse acquistata come acquirente e mediante un prezzo, che per conseguenza deve restarne proprietario come se l'avesse comprata; che in una parola è stata alienata (per servirmi dell' espressiona del nostro articolo) e non già semplicemente anticipata in successione per essere conferita. Adunque in simile caso la dispensa dalla collaziona risulta implicitamente, ma necessariamente dalla forma del contratto, dall' intenzione formale, che si lega alla scelta, che il disponente ne ha fatto, e dal titolo, in virtù del quale il figlio è stato impossessato (3).

Da un' altra parte bisogna por mente questo: l' art. 918 si è mostrato inesorabile verso i contratti, de' quali ci occupiamo. Fa pesare su di essi una inflessibile presunzione di gratuità, malgrado tutte le pruova contrarie. Per compensazione doveva trattarli come le più favorite donazioni a fine di prevenire gl' inconvenienti d' una collazione, che sarebbe stata una sovrana ingiustizia, se per azzardo la presunzione della legge si fosse trovata mancare di realità (4). Per lo che la severità da una parta aveva per conseguenza l'indulgenza dall' altra, e la sollecitudine pel donatario doveva succedere al rigore, che questa qualità gli addossava.

Tal'è la doppia ragione, che giustifica l'art. 918; niuno può dolersene, e tutti gl' interessi sono conciliati.

863. Ma ciò forse vuol dire, che questa implicita dispensa dalla collazione dev' essera estesa a tutte le donazioni occulte, oltre quelle prevedute nell' art. 918?

Questa quistione ha fortemente preoccupato gli animi qualche anno addietro (5). Ora si è d' accordo per riconoscere, che l'art. 918 non dev' essera necessariamente trasportato fuori del cerchio, che abbraccia in modo espresso. La giurisprudenza è stabilita; esamina i casi, pesa le circostanze; si pronunzia per o contra la dispensa dalla collazione secondo la impressiona prodotta da' fatti sulla coscienza de' Magistrati. Io credo di avere contribuito alla stabilimento di questa giurisprudenza con un arresto, che ho redatto come presidente di Camera alla Corte di Nantes (6) nella specie seguente.

Il Signor Seullier padre aveva venduto a pa-

(1) Poithiers, 26 marzo 1825 (Dalloz, 25, 2, 174. Devill., 8, 2, 56).
(2) Cassaz., 25 novembre 1839 (Dalloz, 40, 1, 14. Devill., 40, 1, 33)
(a) Corrisponde all' art. 762 delle leggi civili.
Il traduttore.
(b) Corrisponde all'art. 772 delle leggi civili.
Il traduttore.

(3) Argomento della legge *Filiae*, 18, C, *Familiae ercisc.*
(4) Coin-Delisle sur 918, n. 13. Bailo-Mouillard, t. IV, p. 903.
(5) Dalloz, *Success*, p. 418.
(6) 25 novembre 1834 (Devill., 35, 2, 63. Dalloz, 35, 2, 103).

recchi da' suoi figli per 12 538 franchi degli immobili, che valevano più di 40,000 franchi. Alla sua morte quelli de' suoi successibili, che erano restati stranieri a queste vendite, la attaccarono come contenenti delle donazioni occulte, e ne dimandarono la collazione all'eredità. I donatari resistettero a quest' ultima pretensione, e sostennero per regola, che le donazioni occulte valevano come liberalità sino alla concorrenza della quota disponibile.

Ecco in quali termini l'arresto della Corte di Nancy decise, che l'occultamento non poteva essere considerato come l'equivalente di una dispensa dalla collazione.

« Considerando che l'uguaglianza è il principio di dritto naturale e di dritto civile, « che deve presiedere alla divisione tra' figli « della successione del loro autore comune; « che senza dubbio la legge ha ben potuto per « delle considerazioni di ordine pubblico armare l'autorità paterna del dritto di vantaggiare uno o più figli in pregiudizio degli altri, ma che questa preferenza non si presume giammai, e deve essere espressa dal padre di famiglia in modo da rendere impossibile ogni specie di dubbio sulla sua volontà; che per poco, che l'intenzione di favorire « uno o più figli con una divisione inegale « presenta dell' incertezza, la legge, sempre « amica di un' eguaglianza giusta ed umana, « suppone di pieno dritto, che le donazioni fatte « dal defunto in vita, non sono state, che delle « semplici anticipazioni di eredità, soggette « alla obbligazione della collazione: che queste regole sono consacrate dagli artic. 843, « 853 e 919 (a) del Codice Napoleone. »

« Considerando, che nella causa nulla indica in una irrefragabile maniera, che Scalier « abbia voluto, che le donazioni contestate fossero ricevute a titolo di precapienza ed anteparte; che l'occultamento, che gli ha servito a mascherare la sua liberalità, non « equivale punto alla dichiarazione espressa « di dispensa dalla collazione, richiesta dallo « artic. 843 e dall' articolo 919 precitati; che « in effetti questa simulazione, d'altronde poco degna di favore per la sola ragione, che « manca di franchezza, può spiegarsi sia pel « comodo, che presenta la vendita, più scevra « da formalità di una solenne donazione, sia « pel bisogno di mantenere in vita del padre « la pace e l'unione nella famiglia, dando « l'apparenza dei contratti commutativi a degli « atti, che se avessero presentato allo scoperto « il carattere di liberalità pura, avrebbero eccitata la gelosia dei figli, non chiamati a « profittare di queste anticipazioni di successioni; che è vero, che l'articolo 918 (Codice « Napoleone) considera come virtualmente esonerati dalla collazione certi vantaggi occulti sotto la forma di contratti onerosi, ma « che la disposizione di questo articolo è limitativa per le alienazioni a rendita vitalizia, « a fondo perduto, o con riserva di usufrutto, « e che sarebbe estremamente azzardato di « estenderla sotto pretesto di analogia a dei « contratti a titolo oneroso, che quest' articolo « non ha espressamente enumerato; che penetrando nei motivi, che hanno determinato « l'articolo 918, si è obbligato a riconoscere, « che la vendita fatta con riserva di usufrutto, « non presentando alcun vantaggio in vita del « donante, non può essere considerata come « semplice anticipazione di eredità a favore « del donatario: perciocchè l'anticipazione di « eredità suppone un emolumento della successione conferito per anticipazione o per « soddisfare dei bisogni presenti; or la riserva « di usufrutto, togliendo al donatario ogni godimento ed ogni profitto attuale, l'idea di « anticipazione di eredità sparisce per dar « luogo all' idea di un vantaggio dispensato « dalla collazione, senza di che la disposizione « sarebbe completamente inutile; che non si « concepirebbe lo scopo di una simile donazione, sottoponendola alla legge della collazione, quandochè l'efficacia ne diviene manifesta se si sottintenda, che, il donante ha « voluto, che nell' epoca, che seguirà la sua « morte, il donatario si trovasse impossessato « per precapienza ed anteparte; che lo stesso « ragionamento si applica sia ad una vendita « a fondo perduto, sia ad una vendita con peso « di rendita vitalizia, che gravano il donatario di pesi onerosi, durante la vita del « donante, a differiscono sino all'apertura della successione il beneficio, che deve compensarli. »

« Ma attesochè queste considerazioni sufficienti per ispiegare agli occhi della ragione « l'articolo 918, non hanno più lo stesso valore, quando vengono applicate a delle vendite rivestite dei caratteri ordinari, e che « come ne la specie offrono al donatario dei « vantaggi attuali, positivi, certi, e di natura « tale da sostenersi a titolo di anticipazione di « successione; che da quanto precede risulta, « che il tribunale ha fatto torto alle parti di « Vollaad, dichiarando le vendite, di cui si « tratta, dispensate dalla collazione, e che è di « ogni giustizia l'ordinare, che saranno riunite alla massa della successione ecc... »

Dopo di quest' epoca la Corte di cassazione a mio rapporto ha fortificato questa maniera di vedere con l'autorità, che si lega alle sue decisioni (1); ha pensato e pensa sempre, che in certe circostanze l'occultamento può non essere una pruova sufficiente, di avere voluto

(a) Corrispondono agli articoli 762, 772, e 835 delle leggi civili. *Il traduttore.*

(1) 22 marzo 1843 (Devill. 43, 1, 351).

Digitized by Google

il disponente esentare il donatario dall'obbligo della collazione; che al contrario in altre circostanze l'occultamento conduce ad ammettere la dispensa dalla collazione, la quale in tal caso non ha bisogno di essere espressa altrimenti, poichè è *in natura rei* (1); che in fine spetta alle Corti di appello di esaminare e di valutare le circostanze (2).

Ecco quello, ch'io diceva nel mio rapporto (3).

« Il significato dell'arresto attaccato (trattavasi d'un arresto della Corte di Caen de' 27 di novembre 1840) è il seguente: Ogni donazione occulta può essere dichiarata dispensata da collazione, anche quando la formola dell'art. 919 non è stata adoperata, purchè risulti dalle circostanze, tale essere stata la intenzione del padre di famiglia. Ed in effetti codesto aspetto è il solo vero. Dire, che una donazione occulta è virtualmente dispensata dalla collazione è un andare contra la verità, ergere in principio delle presunzioni di dritto, che non sono infallibili, e ciò per dare ad un atto simulato un favore, che non avrebbe un atto sincero. Sovente la forma indiretta della vendita o del contratto oneroso è stata adoperata unicamente per evitare delle forme moleste e de' dritti di registro considerevoli; spesso è stata messa in uso a solo oggetto di serbare l'armonia nelle famiglie, ed allontanare provvisoriamente l'idea di vantaggi, che avrebbero potuto eccitare la gelosia tra' figli. La verità dunque vi sembrerà di essere questa: una donazione occulta non è soggetta all'espressione esplicita richiesta dall'art. 919 del Codice Napoleone, ma almeno bisognano delle pruove in dipendenti dal solo occultamento per istabilire, che il donante ha voluto fare una donazione per antiparte. Ora chi valuterà la circostanza, d'onde emerge questa volontà? Le corti reali. Il vostro arresto del 3 di agosto 1841 stabilisce, aver esse a tal riguardo un potere sovrano. Qui la difficoltà potrebbe venire da che la corte ha detto: *Che la volontà del padre di avvantaggiare suo figlio per precapienza ed anteparte è stabilita dal fatto stesso*. Qual è questo fatto? È unicamente il fatto dell'occultamento, ovvero il fatto del contratto, guardato nel suo insieme e spiegato dalle circostanze della causa? La corte avrebbe potuto tenere un linguaggio più chiaro e più preciso; ma voi non cassate gli arresti per difetto di chiarezza e di precisione, e basta, che una dec sione attaccata possa spiegarsi a rigore in un senso giuridico, perchè voi vi astenghiate dalla misura rigorosa d'un annullamento. »

864. È dunque ben certo, che l'art. 918 non forma una regola, che debba estendersi fuori del suo caso.

Ciò premesso siegue, che le alienazioni, che non entrano nella categoria de' contratti a rendita vitalizia, a fondo perduto o con peso di usufrutto, sono abbandonati alla saggezza del giudice non solo per discernere se sono o no delle donazioni, ma anche per vedere, se nel pensiero del disponente sono esente da collazione.

La ragione di ciò si presenta da se stessa, malgrado l'anologia dei tre contratti, preveduti dall' art. 918, con tutti gli altri contratti a titolo oneroso passati con un successibile.

Ed in vero la legge non presumendo necessariamente la simulazione di questi ultimi, non ha potuto loro accordare il favore che accorda ai primi in compenso delle sue rigorose presunzioni (4). Epperò gli ha lasciati sotto l'impero del dritto comune, e spetta al giudice di ricercare nei fatti e nelle circostanze ciò, che l'articolo ha stabilito di sua autorità con presunzioni legali.

865. Ciò serve a risolvere la celebre quistione, che consiste a sapere, se le donazioni manuali si presumono fatte con dispensa dalla collazione.

Gli uni sostengono, che la consegna manuale non è per se sola sufficiente a spiegare la volontà del disponente, e che bisognerebbe, che questa volontà si manifestasse con altre circostanze (5).

Altri (6) pensano al contrario, che la dispensa dalla collazione è virtuale, e che risulta necessariamente dalla natura delle cose, avere il disponente adottato la forma della donazione manuale unicamente per non lasciare traccia della sua liberalità.

Ma la prima opinione è preferibile in dritto. È vero che nel fatto essa conduce quasi sempre allo stesso risultamento della seconda; perocchè è ben raro, che le consegne manuali non siano fatte in circostanze, che provano nel disponente l'intenzione di non imporre la collazione. Nondimeno non è impossibile d'incontrare delle presunzioni contrarie come per esempio se il padre di famiglia avesse tenuto

(1) Cassaz. 3 di agosto 1841 (Devill., 41, 1, 621). Cassaz., ricorsi, 20 dicembre 1843 (Devill. 44, 1, 14) 19 agosto 1844 (Devill., 44, 1, 15, e 10 nov. 1852 (Palazzo, 1853, 1, 5). *Aggiungi* Dissertazione inserita in Devilleneuve, 4, 2, 365; 5, 1, 363, e Dalloz, v° *Successione*, p. 418. V. ancora la Dissertazione del signor Pool, inserita nella *Rivista critica*, t. III, p. 149.

(2) Cassaz., ricorso 20 marzo 1843 (Devill., 43, 1, 451, e mio rapporto).

(3) *Luog. cit.*

(4) *Sopra*, n. 862.

(5) Rouen, 12 marzo 1845 (Devill., 45, 2, 464). Altro del 24 luglio 1845 (Devill., 46, 2, 105). Montpellier, 11 giugno 1846 (Devill., 48, 2, 114) Tolosa, 13 maggio 1846 (Devill., 48, 2, 115).

(6) Bordeaux, 2 maggio 1831 (Devill., 31, 2, 324).

Digitized by Google

dei registri domestici, nei quali avesse scritto le sue donazioni, ed ove avesse detto, avere egli voluto ajutare suo figlio, ma senza frangere la uguaglianza tra i suoi figli. Ho veduto un esempio di quello, che qui dico.

866. Ecco un altro caso, in cui l'occultamento esce dai mezzi dettagliati dall'articolo 918, ed in cui per conseguenza le presunzioni dell'uomo vengono a prendere il posto delle presunzioni della legge.

Un padre si era inteso con suo figlio, onde questi acquistasse un immobile in suo proprio nome, mentrechè egli, il padre, ne avrebbe pagato il prezzo sotto il nome del figlio (1). L'occultamento si versa qui sul denaro prestato; ciocchè è stato donato dal padre è il denaro; egli non ha donato l'immobile, perchè il figlio n'è il solo ed unico acquirente. Il padre non ha voluto comprarlo, e non vi è un acquirente suo malgrado.

Ma il denaro pagato dal padre dovrà essere conferito nella totalità o solamente in quello, che eccede la porzione disponibile? Non vi sarebbe dubbio, se il contratto fosse di quelli, di cui parla l'articolo 918. Invece ne è profondamente distinto; intanto tutto dipende dalla intenzione, dai fatti, dalle circostanze, ed appartiene alle corti di appello di esaminare e valutare tuttociò nella loro saggezza (2). La legge 18, C., *famil. ercisc.*, dà un argomento assai potente in favore della precapienza, ed i fatti lo rendono ordinariamente verosimile.

867 La Corte di Parigi ha avuto da giudicare una specie, che ha dell'analogia con la precedente (3), e nella quale ha fatto prevalere l'obbligazione di conferire. Un padre aveva acquistato in nome dei suoi figli minori la nuda proprietà di tre inscrizioni di rendita sullo stato, ed aveva fatto mettere sotto il suo nome l'usufrutto di queste inscrizioni. Siccome i tre figli minori, di cui si tratta, non avevano alcun bene personale, e che non era stata fatta loro alcuna liberalità da terzi, vi era luogo di presumere, che la compra di queste rendite era una donazione occulta a favore dei minori; onde la corte di Parigi, fondandosi su queste presunzioni, riconobbe nei fatti, che gli erano sottoposti, il carattere di una donazione occulta, ed ordinò la collazione delle inscrizioni alla massa attiva della successione.

Questo arresto non sembra di essere stato ben compreso dagli autori, che l'hanno criticato (4). Credono di vedere nella specie un caso preciso di alienazione con riserva di usufrutto, e biasimano per conseguenza la Corte di avere ordinata la collazione in contradizione dell'articolo 918.

Ma non fanno attenzione, che qui non si tratta di un contratto di questa specie, perchè è un occultamento particolare, un acquisto di rendita per conto dei figli, pagandone il prezzo; un contratto, che non faceva gravare l'usufrutto sulla cosa alienata dal padre, ma sulla cosa comprata col denaro del padre.

Quel che vi sarebbe di meglio sarebbe di opporre all'arresto della Corte di Parigi la legge 18 C. *famil. erciscund.*, che in un caso analogo vede una precapienza. Senonachè la Corte ha potuto determinarsi per circostanze particolari, ed io non oserei di contestare la giustizia della sua decisione.

868. Abbiamo sinora ragionato nell'ipotesi di un contratto di rendita vitalizia e di altro stipulato dal padre con uno de' suoi figli, che vuole vantaggiare.

Il nostro articolo non è meno applicabile, quando si tratta di un contratto stipulato tra un figlio e suo padre. L'ascendente è successibile in linea retta, nè occorre dippiù per obbligare l'interprete a non allontanarsi in quello, che lo concerne, dall'art. 918 (5).

È vero che non bisogna temere molto le vendite a fondo perduto, la vendita a rendita vitalizia, le vendite con riserva di usufrutto, fatte da un figlio a suo padre, mentre per lo contrario bisogna temerle dal padre al figlio. Qual è il figlio, che volendo fare al padre un vantaggio eccessivo, andrà a scegliere la forma di tali alienazioni, nelle quali tutt'i calcoli di probabilità sono rovesciati? Come d'altronde associare una presunzione di precapienza ad un'alienazione, che giusta le ordinarie eventualità della vita non toglie al figlio la speranza di ritrovare com'crede una parte del fondo perduto, una parte della sua proprietà? Sarebbe dunque un raggiro assai goffo, e non è verosimile, che la dissimulazione vi ricorra sovente.

869. Siccome i successibili in linea collaterale non hanno riserva, a che relativamente a loro il defunto ha potuto disporre della totalità del suo patrimonio, ne siegue, che non hanno il dritto di dimandare l'imputazione o la collazione, accordata dal nostro articolo; tal'è la disposizione finale di questo testo; perocchè, emanato nell'interesse della sola legittima, non concerne gli eredi, che non hanno riserva, nè le successioni, nelle quali non vi è riserva.

870. Quando il padre ha venduto un immobile ad uno de' suoi figli a rendita vitalizia o con peso di usufrutto, l'imputazione, che ne dev'essere fatta nella porzione disponibile ai termini dell'articolo 918, non è del valore, che l'immobile aveva nel giorno della vendita, ma del valore, ch'esso aveva nel gior-

(1) Cassaz., 20 marzo 1843. (Devill. 43, 1, 431).
(2) *Loc. cit.* Ved. il mio rapporto *loc. cit.*
(3) 19 luglio 1833 (Devill., 33, 2, 297).
(4) Lescot, t. II, a. 393. Vazeille sull'art. 918, n. 7.
(5) *Contra* Delvincourt, ved. le sue ragioni t. II, p. 224, nota 7.

Digitized by Google

no della morte del venditore (1). Tal' è la conseguenza dell' art. 922.

871. E poichè viene preso in considerazione, non la cosa ma il valore di essa, siegue, che ogni volta, che vi è luogo alla collazione da colui, che avendo ricevuto più della quota disponibile, deve corrispondere questo dippiù a' suoi coeredi, questa collazione non è della stessa cosa, ma del suo valore. È questo un caso eccezionale, nel quale la collazione non deve farsi in natura, non avendo voluto la legge, che il contratto fosse scisso (2).

872. Nul'ndimeno ecco una specie nella qua'e la Corte di Parigi ha creduto di potersi allontanare da questa regola (3).

Con atto de' 23 germinale anno XIII Flandin aveva venduto a suo figlio di un primo letto molt' immobili con peso di rendita vitalizia a suo favore. In morte di Flandin padre non si trovò nella successione verun immobile, comechè i soli immobili, che gli appartenevano, erano stati compresi nell' atto di vendita stipulato a favore del suo figlio maggiore. Il tutore di un figlio minore, nato da un secondo matrimonio di Flandin, attaccò quest' alienazione per quanto eccedeva la quota disponibile, e dimandò, che la collazione della totalità avesse luogo in natura, dapoichè non esistevano nella successione altri immobili oltre quelli in quistione.

Flandin figlio pretese, dover egli soltanto fittiziamente la collazione di quanto eccedeva la quota disponibile.

Ma la Corte di Parigi ordinò la collazione in natura, fondandosi su questo; cioè che gli articoli 858 e 859 (a) decidono, che la collazione si fa in natura o col prendere di meno, e che può essere richiesto in natura per rispetto agli immobili ogni volta, che l' immobile donato non è stato alienato, e che non vi sono nella successione immobili della stessa natura valore e bontà, co' quali si possano formare delle quote presso a poco uguali per gli altri coeredi. È vero, che l'articolo 918 non obbliga l' erede vantaggiato, che a fare il rapporto in natura dell' eccedente della quota disponibile, ma ciò dipende da che questo articolo suppone esistere nell' eredità altri immobili dell' istessa natura di quelli alienati; altrimenti questa disposizione implicherebbe contradizione.

A noi sembra, che quest' arresto sia stato criticato con ragione del sig. Coin-Delisle (4). « La circostanza dice quest' autore, di non « esservi altri immobili nella successione oltre « l' immobile alienato, avrebbe dovuto cedere « innanzi a' termini ed allo spirito dell' art. « 918. L' eccedente che dov' essere conferito, « non può essere, che l'eccedente del valore, « di cui è ordinata l'imputazione ». Ed infatti il signor Jaubert nel suo rapporto (5) al Tribunato aveva interpretato queste parole nel loro senso grammaticale, facendo rimarcare, che la legge aveva distinto due cose; la trasmissione della proprietà ed il suo valore, e che « nulla poteva vietare, che questa proprie- « tà non restasse a colui, che l' aveva acqui- « stata ».

L' arresto precitato della Corte d' Orleans de' 2 di aprile 1824 (6) ci sembra di avere interpretato più sanamente su questo punto l' articolo 918.

873. Quando l' imputazione è dimandata da coloro, che ne hanno il dritto, il successibile, a favore del qua'e l' alienazione è stata fatta, ha dritto di ripetere le somme, che ha sborsate per prezzo o pagamento della rendita vitalizia, e che eccedessero la rendita, della quale ha goduto?

Il signor Malleville (7) professa l'affermativa, ed il sig. Duranton ha riprodotto quest' errore (8), che si confuta con un ben semplice ragionamento: l'alienazione è considerata come intieramente gratuita per una presunzione legale, contra della quale niuna pruova viene ammessa secondo l' articolo 1352 del Codice Napoleone; laonde tutti i pagamenti, che il successibile pretenderebbe di avere fatto, debbono essere considerati come simulati per la stessa presunzione.

Questo ragionamento prende in seguito una novella energia dal silenzio della legge sulle ripetizioni, di cui si parla; silenzio, che non è stato serbato senza disegno, poichè la legge dell' anno II aveva intorno a ciò un articolo transitorio, tale da destare l' attenzione de' redattori del Codice, se avessero divisa l'opinione del sig. Malleville. Ma lungi dall'ammetterla hanno fatto sfuggire ne' lavori preliminari l' espressione del loro dissentimento, dapoichè il sig. Jaubert dice formalmente, che non si avrebbe veruno riguardo alle prestazioni pagate (9).

È vero, che il sig. Portalis trovava, non doversi fare al figlio l' ingiustizia di non restituirglisi quello, che avesse realmente pagato (10), ma egli non si metteva nel punto di vista della legge, che criticava invece di appro-

(1) Bordeaux 17 luglio 1845 (Devill., 45, 2, 440).
(2) Orleans, 2 aprile 1824 (Palazzo, 18, p. 584). Il tribuno Jaubert Fenet, t. XII, p. 594).
(3) 9 luglio 1825 (Devill, 8, 2, 111, Palazzo, 19, p. 686)
(a) Uniforme agli articoli 777 e 778 delle leggi civili. *Il traduttore.*
(4) N. 1 sull'art. 918.
(5) Seduta del 9 fiorile anno XI. Fenet, t. XII, p. 594, Locré, t. XI, p. 434.
(6) *Sopra* n. 871.
(7) Sull art. 913.
(8) T. VII, n. 337.
(9) Fenet, t. XII, p. 594.
(10) Fenet, t. XII, p. 332.

vore, e non scorgeva che nel sistema della legge, non potevano esservi delle cose realmente pagate (1).

874. Come si è veduto, solamente tra' successibili in linea retta la legge suppone, che l' alienazione a titolo onerosa è una liberalità occulta. La stessa presunzione non esiste relativamente alle alienazioni di tal genere fatte agli eredi di un successibile; dappoichè il Codice Napoleone non ha voluto seguire su questo punto i rigori della legge dell' anno II, che colpiva di nullità (art. 26) i contratti aleatori stipulati a favore degli eredi presuntivi o dei loro discendenti. Suppone, che la persona, a cui profitto l'alienazione si è fatta, prenda parte nella successione, comechè in certi casi l'obbliga alla collazione. Se dunque un' alienazione fosse fatta da un avo al suo nipote, e che si allegasse la frode, spetterebbe a colui, che l'allega di provarla *perspicuis indiciis*. È vero, che per ragione della prossimità della persona la liberalità occulta potrebbe presumersi senza molti sforzi, ma non sarebbe presunta di pieno dritto.

Invano si opporrebbe l'art 911 e la presunzione d' interposizione, che crea, dappoichè, non trattandosi d' incapacità, quest' articolo non è applicabile a questa materia, ma bisognerebbe provare dalle circostanze una interposizione di fatto.

875. Bisogna dire lo stesso del marito della moglie successibile, col quale suo suocero avesse consentito una vendita con riserva di usufrutto, o a fondo perduto, a con rendita vitalizia.

Indubitatamente si potrà credere sovente senza forzare i fatti *ex paternae pietatis conjectura*, essere questa una liberalità, che non è stata fatta al genero, se non in considerazione della figlia. Nondimeno questa congettura non è affatto irrefragabile, e si andrebbe troppo lontano, abbandonandosi a delle induzioni di pieno dritto e a delle presunzioni *juris et de jure*, che non sono nel nostro testo (2).

876. Ma che bisognerà decidere di un contratto aleatorio, consentito a favore d'una persona, che non essendo successibile nel momento del contratto, lo è divenuta più tardi per degli avvenimenti ulteriori?

Pietro ha due figli Primo e Secondo. Primo ha un figlio, e Pietro gli fa una vendita con riserva di usufrutto. Primo muore prima di suo padre, sicchè il nipote acquirente viene alla successione invece di lui. Suo zio Secondo potrà opporgli l' art. 918?

Per regola non lo credo, imperciocchè risulta da' termini dell' art. 918 *i beni alienati ad un successibile*, che l'acquirente deve avere la qualità di successibile nel momento dell' alienazione. Ed in vero per giudicare di un occultamento o di una frode bisogna considerare il momento, in cui l' atto ha avuta luogo (3).

Ma si esaminerà, se nelle circostanze della causa il contratto non era che un vantaggio simulato fatto a Primo per mezzo di una persona interposta, e spessissimo si perverrà a trovarvi i caratteri di un occultamento.

ARTICOLO 919 — (835).

La quota disponibile potrà essere data in tutto o in parte sia per atti tra vivi sia per testamento a' figli o altri successibili del donante senza essere soggetta a collazione da parte del donatario o legatario, che viene alla successione, purchè la disposizione sia stata fatta espressamente a titolo di precapienza ed anteparte.

La dichiarazione, che la donazione o il legato è a titolo di precapienza ed anteparte potrà essere fatta sia con l' atto, che conterrà la disposizione, sia posteriormente nella forma delle disposizioni tra vivi o testamentarie (a).

SOMMARIO

877. Importanza domestica e politica dell' art. 919.
878. Numerose diversità su questo punto nel dritto consuetudinario.
879. Della dispensa della collazione in dritto romano.
880. Discussione preparatoria dell' art. 919 nel Consiglio di Stato.
881. L'uguaglianza presumendosi di pieno dritto nelle successioni, la collazione è la regola, e la precapienza l' eccezione.

(1) Grenier, t. IV, n. 643; Toullier, t. V, n. 133, e tutti gli altri. Cassaz., 26 gennaio 1836 (Dalloz, 36, 1, 297).

(2) Un arresto di Poitiers del 26 marzo 1825 (Dalloz, 25, 1, 175) va più lontano di noi, perchè presume l' interposiziona.

(a) Corrisponde ed è uniforme all'articolo 835 delle leggi civili. *Il traduttore.*

(3) Movendo di là, quello che abbiamo detto nel n. 853 non è applicabile qui; ad in offatti la quistione è ben differente (*).

(*) Ma la quistione, se la parola *successibili*, adoprata nell' articolo 918 del codice Napoleone (835 delle nostre leggi civili) debba intendersi de'successibili presuntivi nel tempo dell' atto o de' successibili veri in tempo dall' apertura della successione, pare a noi che sia la stessa così in questo numero come nel numero 853. *Il traduttore.*

COMENTARIO

877. L'articolo 919 ha un'importanza domestica e politica, che lo rende uno dei più gravi del titolo, che spieghiamo. Esso dà al padre di famiglia la facoltà di disporre della quota disponibile non solo a favore degli estranei, ma anche a favore dei suoi successibili, anche dei riservatari o di uno di loro Permette al padre di creare tra i suoi figli delle ineguaglianze, comandate tal volta dall'interesse della famiglia, ma però sempre in giusti limiti circoscritte. Consente di turbarsi l'eguaglianza delle divisioni, così sacra in materia di successione intestata, arma l'autorità paterna di un potere di disposizione, che cumula sulla testa di un figlio vantaggiato, sia per ricompensare, sia per punire, sia per riparare, la doppia qualità di erede *ab intestato* e di donatario o di legatario.

878. Nel nostro antico dritto consuetudinario eranvi su questo punto così considerevole numerose diversità: « Se il padre e la madre « possono vantaggiare un figlio più di un altro « le consuetudini sono molto diverse, diceva « Coquille (1). La più parte dicono, non po« tersi vantaggiare i figli, che vengono alla « successione, vale a dire, che non si può loro « donare per precapienza, ma debbono con« tentarsi della donazione senza essere eredi, o « essendo eredi conferire la donazione (2). Le « altre consuetudini in piccolo numero permet« tono i vantaggi (3). Si dice, che le consuetu« dini, che vietano i vantaggi, sono per evitare i « malcontenti e le invidie trai figli, d'onde ben « sovente deriva no le discordie. Però è una gran « servitù e miseria pe' padri e per le madri di « non avere la libertà de' loro beni, e di non « avere mezzo di ricompensare i servizi e le « officiosità de' loro figli, e tenere in sogge« zione e timore coloro, che non sono loro os« sequiosi. Avere la libertà di disporre de'suoi « beni verso un estraneo e non averla verso « de' figli, che debbono ogni soggezione ed « obbedienza! Riconoscersi essere soggetto laddove si deve comandare! E siano tutti buoni « ed obbedienti i figli, è una gran noja per un « buono ed onesto cuore di sentire la sua ser« vitù e privazione della libertà ».

Queste parole di Coquille sono rimarchevoli, perchè racchiudono una critica saggissima delle consuetudini di uguaglianza, ed inoltre spiegano con molta chiarezza ciò, che altre volte intendevasi per la incompatibilità delle qualità di donatario, legatario ed erede (4). Questa incompatibilità aveva nelle consuetudini un carattere assoluto, che non permetteva la donazione a titolo di precapienza ed anteparte, e che esigeva o la collazione o la rinunzia, come faceva la consuetudine di Parigi; però cedeva alla volontà dell'uomo sotto l'impero delle consuetudini, che dispensavano dalla collazione, quando il disponente aveva dichiarato di così volere (5).

879. Il dritto romano, che si era sviluppato sotto il principio della volontà suprema del padre di famiglia, non aveva mai avuto l'idea di torgli il dritto di avvantaggiare uno o più de' suoi figli eredi (6), e di rendere incompatibili nella persona, che voleva favorire, le qualità di erede e di legatario. Il figlio erede non era obbligato di abdicare questa qualità per profittare delle liberalità, che suo padre gli faceva al di sopra della sua quota, ed egli poteva cumulare la quota dell'erede ed il vantaggio del legatario. Vi era pure questo di rimarchevole, che ogni vantaggio fatto sia per legati o fedecommessi, sia per donazione ad

(1) Instit. del dritto francese, t. *Delle donazioni*.

(2) Parigi, art. 300. 303, 304, 307. Orleans, 273. Pothier *su Orléans, Introd.*, t. XVII, n. 76. Auxerre, art. 244. Sens, art. 270. Melun, art. 294. Laon, art. 72, 88. Blois, art 167. Senlis, art. 171. Troyes, art. 142. Vitry, art. 73. Tourain, art. 314.

(3) Bourbonnais, art. 308. Rennes, art. 233, 287, 288. Nivernais, t. XXVII, *Delle donazioni*, art 10. Péronne, art. 204 Noyon, art. 16. Poitou, art. 216.

(4) V. Lebrun, 3, 7, n. 5 e seg. Ferrière *sopra Parigi* art. 300 (o. 1) che diceva: « Niun può essere con« temporaneamente erede legatario del defunto ».

(5) Coquille *sul Nivernese*, t. *Delle donazioni* (*loc. cit.*) e *Delle successioni*, art. 20.

(6) Ferrières, *loc. cit.*

un erede legale, era presunto dispensato dalla collazione (1); ed ecco come si ragionava: La liberalità viene forse prodotta da un legato? È allora evidente, che il testatore ha voluto fare un prelegato o un legato con dispensa dalla collazione. A quale altro titolo avrebbe donato? Come si potrebbe ammettere la possibilità della collazione alla successione di una cosa, della quale non vi è stato spossessamento da parte del disponente, e che non è uscita dal suo patrimonio? D'altronde non è come, se il padre avesse fatto il legato ad un estraneo? Perchè il figlio conferirebbe quello, che il padre gli ha donato come avrebbe potuto donare ad ogni altro? (2).

La liberalità invece è stata fatta per donazione? E perchè non essere nell'interpretazione così generoso, come il donante lo è stato nell'atto? Perchè supporre in lui una intenzione, che diminuisca la liberalità? Ciocchè vi è di più ragionevole si è di supporre, che il donante non ha inteso, che la cosa donata sia conferita. Se l'avessa voluto, l'avrebbe detto, ed il silenzio s'interpreta non a favore della collazione, ma contra la collazione; non in favore dell'eguaglianza, ma contra l'eguaglianza, dalla quale si allontana la disposizione (3).

Giustiniano produsse un cambiamento completo in queste idee, ed ordinò l'inverso di questa regola: prendendo per punto di partenza l'eguaglianza tra' figli, si arrestò a questo punto di vista, cioè che il padre potev'avere obliato nell'avvicinarsi della morte le sue precedenti disposizioni; epperò dichiarò, che il vantaggio sarebbe conferibile, a meno che il padre non ne avesse espressamente dispensato (4). Così per l'antico dritto la collazione era sempre proibita quando non era ordinata (5). Pel nuovo è sempre ordinata se non è vietata (6). Questo è il riassunto di Cuiacio (7), ripetuto da Lebrun (8).

880. Tralascio la legislazione di già conosciuta dell'anno II e la legge dell'anno VIII (9), scorrerò ancora sulla discussione preparatoria dell'articolo 919. Tutto quello, che ne dirò, si è, che fa onore alla buona intelligenza del consiglio di stato, che seppe mettere a profitto la esperienza dei tempi andati e conciliare l'autorità dei padri coll'amore pei figli (10). Solo il signor Tronchet in uno spirito di eguaglianza avrebbe voluto, che il padre non potesse fare per uno dei suoi figli quel che gli era permesso per un estraneo (11). Ma il signor Tronchet, come qui sopra si è veduto (12), non era imparziale su di un punto di dritto, nel quale le false idee del XVIII secolo avevano deviato il suo giudizio. Il suo parere non ebbe eco. Il signor Cambacérès di uno spirito più pieghevole e di un colpo d'occhio più penetrante ebbe la forza di obliare di avere egli cooperato alla legge dell'anno II ed a molte altre del pari cattive. Egli difese il dritto dei padri, e contribuì al voto di un articolo, che marcò con un suggello riparatore il Codice delle nostre leggi civili (13). Che diremo dippiù per farne vedere lo spirito filosofico? Le parole di Coquille ne sono il migliore commentario. Nulladimeno aggiungiamo, che l'articolo 919 sarà tanto migliore, quanto più di raro i padri avranno bisogno di usarne. Coloro, che saranno buoni e saggi, non lo faranno servire, che al bene della famiglia, alla distribuzione della giustizia domestica, e non già a soddisfare dei pregiudizi d'ineguaglianza contrari alla natura.

881. Nel pensiero come nel testo dell'articolo 919 la collazione è il dritto comune; la precapienza è l'eccezione. Questo articolo si è conformato al l'ultimo stato del dritto romano (14).

Perchè il padre possa cumulare sulla testa di uno dei suoi figli la riserva e la quota disponibile bisogna, che con una disposizione espressa lo dispensi dalla collazione, in altri termini, che gli doni con la clausola di *precapienza* o *anteparte* (15). L'eguaglianza si presume di dritto nella successioni, e questa presunzione scomparisce solo innanzi la manifestazione di una volontà contraria da parte del disponente. Or l'esistenza di una donazione o di un legato fatto dal testatore all'erede non può formare per sè sola una pruova sufficiente di avere egli cercato di frangere questa uguaglianza. Ed in effetti la donazione tra vivi, con la quale il disponente avrà investito in sua vita

(1) Ulp. l. 17, § 2, D., *de legat.*, 1° Papin., l. 22, D., *De alim. legat*, Ferrières, *loc. cit.*

(2) Cujacio sul tit del C. *De collat.*: « Ratio perspicua est, quia non veniunt ex testamento ut liberi, sed ut quilibet, ut extranei qualescumque. » Aggiungi Vinnio, *De collat.*, 3, 3, e 14, 45.

(3) Paolo, l. 25, § 7, *De familiae erisc.* L. 1, § 5, *De collat.*

(4) Novella 18, cap. 6.

Ecco i termini di questa Novella:

« *Hoc sancimus, sive quispiam intestatus moriatur,* « *sive testatus, quoniam incertum est, ne forsan obli-* « *tus datorum, aut prae tumultu mortis angustiatus,* « *hujus non est memoratus, omnino esse collationes,* « *et exinde aequalitatem, secundum quod olim dispo-* « *situm est, nisi expressim designaverit ipse, se velle* « *non fieri collationem, sed habere eum, qui cogitur ex* « *lege conferre, et quod jam datum est, et ex jure te-* « *stamenti* ».

(5) L. 1, C. *De collat.*

(6) Autent. *Ex testamento*. C. *De collat.*

(7) Sul l. *De collationibus* nel Codice, a. sulla Novella 18, cap. 6. V. ancora *Observat.* III, 30.

(8) *Success.*, 3, 6, 1, n. 8 e seg.

(9) *Supra*, n. 752, e 753.

(10) Treilhard (Fenet. t XII, p. 329).

(11) Fenet, t. XII, p. 328, 330.

(12) N. 30, 752.

(13) Fenet, t. XII, p. 330, 331.

(14) *Sopra* n° 879.

(15) Vedi ancora art. 813.

Digitized by Google

uno dei suoi eredi di una parte dei suoi beni, può essere considerata fatta in anticipazione di eredità nell'unico scopo di procurare al donatario un godimento anticipato. E per certo non ne risulta essere stata intenzione del donatario d'impedire, che al momento dell'apertura della successione gli altri eredi venissero alla divisione della cosa donata. Nulla giustifica avere egli bandito dal suo pensiero quell'eguaglianza, che è nel voto della natura, e che ha sempre per essa la presunzione legale. Avviene lo stesso del legato fatto ad un erede, dapoichè movendo da questa stessa presunzione d'eguaglianza, si può supporre, che il legato ha avuto per iscopo meno la quantità, che la qualità della cosa legata, e che il testatore ha voluto puramente e semplicemente, che uno dei suoi eredi avesse la proprietà indivisa ad esclusiva di tale oggetto della sua successione, salvo a ricompensare i suoi coeredi sino alla concorrenza del valore del legato.

Ma quando la donazione o il legato sono fatti con precapienza o anteparte tutte questa presunzioni scompariscono innanzi la volontà del disponente, la cui intenzione ben manifesta è stata di dare la preferenza ad uno dei suoi eredi sugli altri.

882. Quantunque l'articolo 919 esiga che la disposizione sia fatta espressamente a titolo di precapienza o anteparte, non ne siegua, che queste espressioni siano sacramentali, e che non possano essere rimpiazzate da equivalenti. Il nostro articolo come l'articolo 843, di cui è il corollario, non si attiene in alcuna maniera alla solennità della parole, e basta che l'intenzione di dispensare dalla collazione sia chiara e positiva. *Dummodo liqueat voluntas.* Il che è stato giudicato da una moltitudine di arresti così concordi, che la quistione oggi non si discuta più nei tribunali. Si ricerca la intenzione in tutta la manifestazioni proprie a renderla evidente ed induhitata, ma si respingono le sottigliezze formaliste, che soffocano la verità, e fanno violenza alla ragione. Per tutto il tempo che ho preseduto la prima camera della corte di Parigi, ove pervengono tante quistioni di questo genere, non ho giammai veduto mettere in dubbio questo punto di dritto.

883. Di qui la quistione se il legato universale fatto ad uno dei figli ha la stessa energia di un legato fatto con dispensa dalla collazione. Questa quistione molto semplice è stata giudicata per l'affermativa (1), imperciocchè è chiaro, che il padre, il quale dona ad uno dei suoi figli la totalità dei suoi beni, salvo la riserve legittimarie, riduce i suoi altri figli alla loro semplice riserva, e fa al figlio legatario un vantaggio virtualmente ma necessariamente esclusivo di ogni pensiero di collazione (2).

884. In quanto alla quistione se una donaziona occultata sotto forma di contratto oneroso è implicitamente dispensata dalla collazione non aggiungeremo nulla a quanto abbiamo detto a tal riguardo nei numeri 884 e seguenti. Senza contraddizione le donazioni occultate sotto forma d'una alienazione a fondo perduto, d'una alienazione a rendita vitalizia, d'una alienazione con riserva di usufrutto porteranno con loro la dispensa della collazione, perciocchè l'articolo 918 lo decide in una maniera espressa. Ma gli altri occultamenti non produranno necessariamente la stessa conseguenza, e la precapienza non deve essere ammessa, che in quanto risulta dalle circostanze.

885. Giusta la seconda parte del nostro articolo la donazione, che nell'origine non è stata fatta con dispensa dalla collazione, può essere dichiarata tale *ex post facto* sia con la clausola di un testamento, sia con la disposizione tra vivi nella forma, che le è propria (3). Epperò un padre, che ha fatto a suo figlio un'anticipazione di successione, può nel collocarlo e col suo contratto di matrimonio assicurargli questa donazione a titolo di precapienza.

886. Risulta ancora da una decisione della Corte di Cassazione, che la circostanze posteriori possono essere prese in seria considerazione per decidere la quistione della precapienza (4).

Un signore di Montlaur aveva fatto donaziona tra vivi ed irrevocabile al signor Carlo di Montlaur suo figlio adottivo di tutti i beni immobili, che possedeva in proprietà nelle comuni di S. Giovanni il Comtal e di Lassereau, circondario di Auch. Posteriormente il donante contrasse matrimonio, e n'ebbe una figlia; col suo testamento istituì questa figlia sua erede universale, dichiarando donarle e lasciarle i suoi dritti di proprietà, le sue ragioni, ed azioni *tali quali si troverebbe di averle nella epoca della sua morte.* Il 15 di luglio 1836, poco tempo dopo di aver fatto il suo testamento, scriveva alla madre di suo figlio adottivo in occasione delle proprietà donate: « che da « Montlaur figlio doveva attendersi, quelle do« ver essere tutto ciò, che egli ora avrebbe « da parte di suo padre; che non aveva veruna « volontà di disputargliele malgrado la soprav« venienza di una figlia; che quel che era fat« to, era fatto; e che niuno vi ritornerebbe « sopra, a menochè egli non volesse contentarsene. »

Alla morte del signor Montlaur padre nel 1838 il signor di Montlaur figlio fu citato ad

(1) Limoges, 26 giugno 1822, (Devil. 7, 2, 90), *Aggiungi* Cassazione 7 luglio 1835, Devill., 35, 1, 914).
(2) Grenier, t. III, n° 483, Lescot t. II, n° 415, Dalloz, t. XII, p. 113, n° 3.
(3) Grenier, t. III, n, 492.
(4) 10 giugno 1846 (Devill. 46, 1, 541) Lesco, t. II, n. 416.

Digitized by Google

istanza della minore Montlaur affine di conferire alla successione gl' immobili, che gli erano stati donati col contratto di matrimonio.

Il signor di Montlaur figlio sostenne, essergli stata fatta la donazione per precapienza, ed essere per conseguenza dispensato dalla collazione, salvo a pagare l' eccedente della quota disponibile. Fondavasi sull' essere stata tale la intenzione di suo padre adottivo, e risultare specialmente e dal pensiero d' irrevocabilità che era presieduto alla adozione non che alla donazione, e dallo disposizione del testamento ulteriore, per la quale vedevasi, che Montlour aveva voluto circoscrivere sua figlia ai beni esistenti alla sua morte, e non darle alcun dritto su ciò, che ero uscito dalle sue mani in sua vita per effetto della sua volontà; in fine dalla lettera diretta a sua madre il 15 di luglio 1836.

La Corte di Parigi con arresto del 23 di luglio 1844 dispensò il signor di Montlour dalla collazione, ritenendo, che le circostanze, da lui invocate, provavano sufficientemente la precapienza, e la Camera dei Ricorsi rigettò il ricorso contro di questo arresto per lo motivo, che la Corte di Parigi non aveva fatto nella specie, che indagare la volontà dell' autore comune, ricercando il senso della donazione dal testamento, dalle circostanze anteriori e concomitanti, e dalla dichiarazione dello stesso disponente.

887. Si vede da tutte queste osservazioni che la volontà del padre di famiglio è il punto culminante, cui bisogna tenersi, avendo cura di non considerare le formole, che come un mezzo di farla conoscere, e non di costituirlo essenzialmente.

888. L' articolo 919 non parla del caso, in cui la donazione fatta ad uno dei successibili con clausola di precapienza eccedesse la porzione disponibile. A tal riguardo se ne riporta col suo stesso silenzio allo regola stabilita dallo articolo 844. Ed in tal caso la donazione sarebbe riducibile sino alla concorrenza di questa quota, e l' eccedente dovrebbe essere conferito alla massa dal successibile donatario, che viene alla divisione.

889. Ma il figlio che avesse ricevuto una donazione eccessiva, potrebbe col rinunziare ritenere la donazione col cumulo della sua riserva e della quota disponibile?

Rinviamo su questa quistione e quello, che più sopra (1) abbiamo detto.

890. L'articolo 919 è stato sopratutto emanato per regolare la posizione de' figli fra loro, però non è inutile, quando l'interesse degli estranei viene a mischiarsi a quello de' figli.

Il che vedremo con l'esempio seguente:

Con atto de' 4 di dicembre 1840 Angot fece a' suoi figli una donazione per precapienza ed anteparte di più immobili, la quale donazione esauriva la quota disponibile. Nondimeno con una clausola formale Angot si riserbava la libera disposizione di tutto quello, che gli restava.

Il 23 di maggio 1841 morì, lasciando un testamento in data de' 26 di febbraio precedente, col quale lasciava alla Signorina Bailleul tutto il suo mobiliare e tutt' i capitoli, che si troverebbe di avere in tempo della sua morte.

I figli pretesero, che la donazione de' 4 di dicembre 1840, esaurendo la quota disponibile, Angot non aveva potuto fare delle liberalità a loro pregiudizio. Dall' altro lato la Signorina Boilleul rispondeva, che Angot nel riserbarsi la libera disposizione de' beni, non compresi nella donazione, aveva con ciò manifestata la intenzione di lasciare intatta la porzione disponibile, di tal chè la donazione dovess' essere imputata nella riserva.

Per arresto de' 19 di agosto 1842 la Corte di Caen non accettò questa interpretazione, dappoichè le sembrò, che la clausola, con la quale la donazione ero stata fatta per precapienza ed anteparte, indicava necessariamente, dover essere questa donazione imputata nella quota disponibile, e che l'altra clausola di riserva di disponibilità non doveva essere interpretata in modo da distruggerla.

Sul ricorso, arresto di rigetto della Sezione de' ricorsi de' 27 di novembre 1843, che considerando, essersi la Corte contenuta in una valutazione sovrana de' fatti, rigettò il ricorso (2).

891. Ma se la donazione non contenesse la clausola di precapienza, la riserva fatta dal donante di disporre del dippiù de' beni donati potrebbe determinare il Giudice ad imputare questa donazione nella legittima, e siffatta interpretazione sfuggirebbe alla cassazione (3) (a).

(1) N. 786.
(2) Devill. 44, 1, 227.
(3) Cassazione 7 luglio 1835 (Devill. 35, 1, 914).
(a) Ma il donante, che si è riserbata la facoltà di disporre del *dippiù* de' beni donati, non ha indicato per effetto dell' istessa frase, di cui si è servito, di avere disposto di una parte? Quella riserva dunque pare, che non dovesse in alcun modo modificare gli effetti ordinari della donazione, ed interpretarsi nel senso di avere il donante creduto, che la sua liberalità non esauriva la quota disponibile. *Il traduttore.*

Digitized by Google

NOTA DEL TRADUTTORE

La presente Sesione termina nelle attuali Leggi civili con l' articolo 836 così concepito:

« Non è permesso a' genitori o ad altro ascendente
« transigere col figlio o colla figlia circa la legittima,
« che ad essi può spettare dopo la loro morte, donando
« con questa legge, pagando o promettendo anticipata-
« mente qualche somma fondo o altro. Tali transazio-
« ni non saranno valevoli, nè impediranno al figlio o
« alla figlia il dritto di pretendere la quota spettantegli
« dopo la morte del padre o della madre, imputando in
« quella i beni e le quantità riavute ».

Gli articoli 708 e 1084 delle stesse leggi civili costituiscono insieme con quest' articolo 836 un sistema completo di disposizioni legislative dirette a vietare le antiche rinunzie delle donne alle successioni future ed ogni altro patto successorio. L' art. 708 vieta particolarmente siffatte rinunzie alla eredità di un uomo vivente ed in generale ogni alienazione de' dritti eventuali, che si potrebbero avere a tale successione, e l'art. 1084 mentre dichiara, che le cose future possono essere oggetto di un'obbligazione, aggiunge nel secondo comma, non potersi rinunziare ad una successione non ancora aperta, nè fare alcuna stipulazione intorno alla medesima, nemmeno col consenso di colui, della cui eredità si tratta.

Forse queste due disposizioni sarebbero state sufficienti per ricavarne il divieto di ogni stipulazione sulla legittima; ma essendo questo un dritto proprio, che la legge concede direttamente al riservatario, il legislatore ha temuto, che da questa indole tutta particolare di questa quota ereditaria non si traesse argomento per conchiudere, potere il figlio o la figlia transigere su di un dritto proprio, e che potesse il padre, la madre o qualunque altro ascendente anticipatamente stipulare su di una propria obbligazione. A rimuovere quindi ogni dubbio la legge vieta con una particolare disposizione siffatte stipulazioni nel senso, che togliendo loro ogni vincolo obbligatorio pel figlio e per la figlia consenziente alla convenzione o transazione, le ritiene come semplici anticipazioni di successione.

Due quistioni possono promuoversi.

La prima. Può il figlio o la figlia rinunziando all' eredità ritenere quello, che ha ricevuto?

La seconda. La legittima dovuta agli ascendenti può essere obietto di transazione?

In quanto alla prima quistione la ragione di dubitare del dritto del figlio o della figlia di ritenere quello, che ha ricevuto, rinunziando alla successione, può ricavarsi da che la legge dichiara non valide tali transazioni, e che un atto invalido non può produrre verun effetto giuridico. D' altronde potrebbe dirsi, che il genitore o l' ascendente non ha inteso nè di donare nè di fare un' anticipazione di successione, e che perciò s' egli ha fatto quello, che non poteva fare, non si può obbligarlo a fare quello, che non ha voluto fare.

Nulladimeno noi crediamo, che il figlio o la figlia abbia dritto di ritenere, perciocchè la disposizione è letteralmente concepita nel loro favore. L' articolo dice — « Non è permesso a' genitori o ad altro ascen-
« dente » — e soggiunge — « Tali transazioni non
« saranno valevoli, nè *impediranno* al figlio o alla fi-
« glia il dritto di pretendere la quota spettantegli. »
— Epperò mentre al genitore o all' ascendente si vieta formalmente la transazione, in quanto al figlio o alla figlia si dichiara soltanto che non rimane per essa impedito di pretendere la sua quota, il che esprime una facoltà di scegliere tra il contentarsi di quanto ha ricevuto o pretendere la quota, che per legge gli spetta. E per verità non può dubitarsi, che la disposizione è tutta concepita nell' interesse del figlio o del discendente, e conseguentemente non può interpretarsi a suo danno. Aggiungiamo, che per l' ordinario tali stipulazioni non si potrebbero trovare, che in un contratto di matrimonio, e ch' è incivile il distruggere i patti stipulati o le speranze concette, ove ciò non sia richiesto dall' essersi ecceduto il disponibile e dato quello, che non si aveva. Da ultimo il padre o l' ascendente, che ha dato al figlio o alla figlia una quantità determinata in transazione di quanto gli può spettare sulla propria successione a titolo di legittima, ha dovuto calcolare sulle forze della propria eredità, e se si è ingannato, l' errore deve nuocere a lui, e non a coloro, che sulla sua calcolazione hanno valutato le proprie convenienze, ed hanno contrattato.

È però evidente, che concorrendo all' eredità, il figlio o la figlia non potrebbe dispensarsi dall' imputare nella propria quota di riserva quello, che per effetto della transazione ha ricevuto.

In quanto poi alla quistione, se la riserva degli ascendenti può essere obietto di transazione, riteniamo la negativa. È vero, che nell' articolo 836 si parla soltanto di discendenti, ma è perchè questo poteva essere il caso più comune, essendo difficile il supporre una transazione simile cogli ascendenti, che solo per eccezione sopravvivono a' loro discendenti. In ogni caso le già accennate disposizioni degli articoli 708 e 1084 delle Leggi civili, bastano da per se sole a fare pronunziare la inefficacia di una tale transazione, senzachè si possa trarre verun argomento in contrario dal silenzio serbato intorno a ciò dal ripetuto art. 836, dapoichè il solo silenzio non basta a derogare il divieto generale degli articoli 708 e 1084 succennati. *Il trad.*

Digitized by Google

SEZIONE II.

DELLA RIDUZIONE DELLE DONAZIONI E DE' LEGATI.

ARTICOLO 920 — (837).

Le disposizioni sia tra vivi sia a causa di morte, ch' eccederanno la quota disponibile, saranno riducibili a questa quota nel momento dell' apertura della successione (a).

SOMMARIO

892. Dell' entico dritto sulla ridnaione delle donazioni o de' legati. — Obietto di questa riduzione.
893. Difforenza tra le riduzione e la collazione.
894. Tutto le donazioni sono soggette a riduziono. — Non è lo stesso dello alienazioni a titolo onoroso, che sono inattaccabili.
895. Trannechè questo alienazioni non simulano delle donazioni.
896. Delle donazioni rimuneratorie e delle donazioni fatte con pesi, quando i sorvigi ed i pesi non banno nulla di realo.
897. *Quid* nol caso contrario?
898. Il legato motivalo per restituzione subisce la ridazione, se il legatario non giustifica le cousa della restituzione.
899. Le donazioni per cansa di dote sono soggettl e riduzione.
900. È lo stesso della dote data ed une figlia per la sua entrata in religione.
901. E dolle donazioni, di cui è quistione negli articoli 1496 e 1527 del Codice.
902. Ma nel caso, in cui una donazione illimitata è stete fatta per contratto dl matrimonio, i figli nati de questo matrimonio non hanno azione di riduzione.
903. L' azione di riduzione si apre soltanto nel giorno dell' apertura della successione.
904. Da questo principio non bisogna trarre una conseguenza troppo assoluta per le quistioni transitorie relativo a' cambiamenti della quota disponibile.
905. La quistione sul cambiamento sopravvenuto nella quota disponibile all' epoca della morte può essere pure una quistiono d' intenziono.
906. Un figlio non può esigere in vita di suo padre nè legittima nè anticipazione di successione
907. A chi incumbe la pruove dell' azione di ridusione?

892. Abbiamo spiegato nella precedente sezione i caratteri della qoota disponibile e della riserva, che ne deriva. Ma il legislatora noo ha limitato là la sua previdenza; ha compreso, che molte cause diverse potrebbero indurre coloro, che dispongono gratuitamente, ad oltrepassare i limiti della facoltà di donare ed a privare così i riservatari di una porzione di beni, che una legge innata più di una legge di convenzione (*non scripta sed nata lex*) assegna loro. Per lo chè ha cercato di portare un correttivo a queste liberalità eccessive ed inofficiose.

Nell' antico dritto romano, come qui sopra(1) l'ebbiamo fatto osservare, i legittimari, la coi legittima non era intatta, potevano intentare la querela o doglianza d'inofficiosità, e fare così cassare il testamento. Questo mezzo violento, che annullava tutte le ultime disposizioni del defunto, anche i legati (2), fu raddolcito da Giustiniano, che abolì in quasi tutti casi la querela d'inofficiosità, e la rimpiazzò con un'azione in supplemento, chiamata *condictio supplementi*, che lasciava sussistere il testamento (3).

Quando la legittima veniva lesa da donazioni inofficiose, queste donazioni non erano rivocate per lo intiero, ma sino alla concorrenza della porzione spettante a'legittimari (4); il che era stato stabilito dall'Imperatore Alessan-

(a) Quest'articolo corrisponde, ed è uniforme oll'art. 837 delle Leggi civili

(1) *Sopra* ni 739 e 740.

(2) L. 8, § 16, D., *De inoff. test*. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 194, n. 23.

(3) L. 30, C, *De inoffic. test.* Pothier *loc. cit.*, pag. 192, n. 22.

(4) L. 87, D., *De legat.* 2°, od al Cod. *De inoff. donat.* Pothier, *Pand* t 1, p 198, n. 54.

Nondimeno il presidente Fabro aveva sostenuto nella sua opera *De conject.* lib. 3, cap. 17, cho la donazione doveva essere annullata per lo intiero; dapoichè, diceva egli, la querela d'inofficiosità per le donazioni è stata introdotta a similitudine della querela d' inofficiosità pe' testamenti. Ora in quest' ultimo caso la querela annulla il testamento per lo intiero; epperò dev' essero lo stesso per lo donazioni.

Nella pratica alcuni distinguevano quando la donazione eccessiva era latta ad un estraneo; so era fatta con frode, si annullave per lo intiero; se era fatta sen-

dro, e Paolo nel riferire questa costituzione la chiama *santissima*.

Questi principi erano ammessi in Francia nei paesi di dritto scritto (1) e ne' paesi di consuetudini (2): l'azione di supplemento di legittima o di riduzione delle liberalità eccessive era da per tutto accordata agli eredi legittimari così per le donazioni tra vivi come per le donazioni testamentarie (3).

Il dritto del Codice Napoleone è fondato sulle medesime basi; imperocchè sarebbe stato poco di creare una porzione disponibile, se coloro, a favore de'quali è riserbata, non avessero ricevuto dalla legge la facoltà di fare restringere le liberalità, che la ledessero. Tal'è l'oggetto dell'azione di riduzione o di scemamento, che si applica così a' legati, che alle donazioni esorbitanti, e di cui si occupa la sezione 2.ª di questo capitolo, azione saggiamente misurata, che rispetta, come deve, il dritto di disporre, ma che reprime le affezioni irreflettute, che Cicerone chiama così bene *impetum benevolentiae* (4), e che non guardano la misura di giustizia, che a'figli è dovuta.

893. L'azione di riduzione non dev'essere confusa con la collazione, della quale è quistione negli articoli 843 e seguenti del Codice Napoleone.

La riduzione ha luogo soltanto contro le persone, che non si considerano com'eredi, ma che vengono con la qualità di donatarii o di legatarii. È vero, che come si può essere nel tempo stesso erede e legatario o donatario, quando vi è la clousola di precapienza, può avvenire, cha l'azione di riduzione si trovi intentata contra di un legatario o di un donatario, ch'è nel medesimo tempo erede; però l'azione non è diretta contra di lui com'erede, ma puramente e semplicemente come legatario o donatario, fatt'astrazione dalla sua qualità di erede.

La collazione al contrario non ha luogo, che tra coloro, che vengono a titolo di erede ad una stessa successione.

La riduzione è stata introdotta, affinchè la quota disponibile non usurpasse mai sullo quota indisponibile, e che i riservatarii conservassero sempre intatta la loro riserva.

La collazione ha on altro scopo; prende la sua sorgente nell'eguaglianza, che deve regnare tra coeredi, eguaglianza, che non permetta, all'infuori di una disposizione contraria del defunto, che l'uno sia vantaggiato a spese degli altri. Questo conferimento e collozione (diceva Coquille) è farli tutti uguali (5). » Avremo più basso l'occasione di trarre talune conseguenze importanti da questi principii.

894. Tutte le donazioni di qualunque natura sono soggette alla riduzione; siano semplici o con condizione, particolari o universali (6), solenni o manuali, dirette o indirette (7). Importano poco l'estensione, le condizioni, le forme, le circostanze, e basta, che portino il carattere di liberalità, onde lo scemamento le colpisca.

Ma le alienazioni fatte a titolo oneroso dal defunto sono sotto tutt'i rapporti inattaccabili da' suoi eredi, imperciocchè il padre di famiglia era proprietario, aveva la libera disposizione della sua cosa, ed ha potuto fare co'terzi tutti gli atti di commercio, che autorizza il dritto civile. Se fosse diversamente, il movimento della proprietà sarebbe colpito nel cuore, e l'economia sociale perirebbe in una deplorabile immobilità. Da un altro lato non si potrebbe più fidarsi delle più solenni transazioni, e la proprietà sarebbe tenuta in uno stato di sospensione e d'inquietudine non meno fatale dell'inerzia (8).

895. Che se l'atto intitolato a titolo oneroso mascherasse una donazione occulta, non potrebbe sfuggire alla riduzione in caso di eccesso (9). Questo è un punto così costante e giudicato così sovente, che non è necessario d'insistere più luogo tempo.

896. Le donazioni fatte in apparenza per ricompensare de' servizi, come quelle, che sono fatte sotto colore di pesi, sono del pari soggette alla riduzione, se i servigi o i pesi non hanno nulla di reale (10).

897. Ma se i servisi ed i pesi non possono essere contrastati la sorte delle donazioni dipende in simili casi da una distinzione saviamente fatta da Pothier. O questi servigi e questi pesi non sono valutabili, ed allora la donazione è soggetta a scemamento, o sono valutabili, e la riduzione non può colpirli, se non in quanto eccedesse il valore di questi servizi e di questi pesi (11).

898. Talvolta si prende il raggiro di un legato motivato da restituzione a fine d'ingannare la vigilanza della legge (12). Ma non bisogna lasciarsi ingannare da questo falso scambiante

za frode, si riduceva *ad legitimam quotam*. Quando era fatta a de' figli, era semplicemente riducibile in tutti i casi (Gomez *Variar. resol.* t. 2, c. 4, n. 13. Covarruvia *Quaest. prat.*, 19, n. 12). Ma ciò non aveva nessun fondamento in dritto. Vinnio prova, che la frode non fa nulla, e che bisogna considerare unicamente l'evento, l'eccesso.

(1) Ordinanza del 1731, art. 34. Ordin., del 1735, art. 50 e 56.

(2) Pothier *su Orleans*, introd. al tit. 15, n: 72, 72. Lebrun, *Success.*, 2, 3, 7, n: 1 e seg.

(3) Pothier, *loc. cit.*

(4) *De amicitia*, n. 17.

(5) Instit. del Dritto francese, tit. *Delle donazioni*.

(6) Art. 1090, L. *Si totas*, C., *De inoff. donat.*

(7) Articoli 1496, e 1527.

(8) Bigot (Fenet, t. XII, p. 342).

(9) Pothier *su Orleans*, introd. al tit. 15, n. 74.

(10) Lebrun, 2, 3, 7, n. 21.

(11) Pothier *su Orleans*, introd. al tit. 15, n. 72.

(12) Queste specie di legati sono chiamati in dritto, *Pro restitutione male ablatorum et exoneratione conscientiae*. Brodeau *su Louet*, lettera *L*, somm. 6, n. 28.

di carità cristiana e di scrupolo di coscienza, ed il legatario sfuggirà alla riduzione solamente giustificando la causa, per la quale il donante era verso di lui obbligato (1).

Che se vi è pruova *de male ablatis*, non vi è difficoltà, dice Lebrun, che la restituzione della roba altrui è preferibile alla legittima (2).

899. Non si eccettuano neppure le donazioni per cause di dote. Il marito non potrebbe obiettare, che la dote forma per lui un titolo oneroso, che lo esonera dalla riduzione, dapoichè egli l'ha ricevuta nel solo a causa di sua moglie, e conseguentemente sotto le can dizioni, alle quali sua moglie è sottoposta (3).

900. La dote data ad una figlia per la sua entrata in religione in una comunità autorizzata non forma eccezione alla regola della riduzione. Vanamente direbbesi, il convento non avere ricevuto la dote, che per sovvenire agli alimenti di questa figlia, comechè non potrebb' esigere più di quello, che la facoltà del padre gli permettevano di fare (4). Nè potrebbe volere, che dal canto loro gli altri figli restassero senza alimenti; e soprattutto non potrebbe volere, che il padre mancasse alla legge naturale e divina di assicurare con la sua successione la sorte di tutt'i suoi figli (5).

901. Gli articoli 1496 e 1527 del Codice Napoleone (a) offrono pure un esempio di donazioni soggette a riduzione (6); e ciò anche quando queste donazioni non fossero, che indirette, e che si legassero a delle convenzioni matrimoniali, consentite da persone, aventi figli da un altro letto.

902. Ma quando delle persone, che non hanno figli, si maritano, e che l'una fa all'altra per contratto di matrimonio una donazione illimitata, i figli, nati dopo da questo matrimonio, non hanno verun' azione, nè l'azione di riduzione, nè l'azione di rivocazione per sopravvenienza di figli (7). Altre volte due consuetudini quella di S. Quintino (8) e quella della Marche (9) volevano, che i futuri nel maritarsi riserbassero la legittima a' figli da nascere dal matrimonio, e Lebrun insegnava una opinione conforme a questa consuetudini, almeno in quello, che concerne l'azione di riduzione (10). Ma io non vi veggo una plausibile ragione; il Codice Napoleone non ammette la riduzione, che a favore de' figli di un altro letto, ed in quanto all'azione di rivocazione la dichiara inammessibile per l'art. 960 (b).

903. Vediamo ora in qual'epoca si apre l'azione di riduzione.

Giusta il testo dell'art. 920 non vi è azione, che in tempo dell'apertura della successione. L'azione di riduzione è un' azione, ch'emerga della qualità di erede; ora *viventis nulla est hereditas*. Epperò solamente in tal epoca i figli possono esigere le riduzioni necessarie per serbare intatte le loro riserve (11).

Da che siegue, che l'estensione e la forza della riserva sono regolate dalla legge in vigore nel momento della morte del disponente e non dalla legge esistente nel momento, in cui le donazioni o i legati sono stati fatti. E la ragione si è, che il dritto dei riservatarî non nasceva esisteva nel tempo di queste liberalità, e che questo dritto è nato solamente nel momento, in cui la morte del donante gli ha fatti eredi.

904. Ciò non vuol dire, che le donazioni tra vivi fatte di buona fede prima della nuova legge, che cambiasse la quota anteriormente disponibile, possono essere attaccate e r dotte in pregiudizio della legge antica, che nel momento della disposizione regolava la quota disponibile. La sorte di queste donazioni era irrevocabilmente fissata prima della legge nuova, la quale non poteva senza effetto retroattivo turbare dei dritti acquistati all'ombra di una legge, che ha servito di base a della transazioni legittime. Una eccezione d'irrecettibilità si eleverebbe dunque contra l'azione di riduzione (12).

905. Può anche avvenire, che il cambiamento sopravvenuto nella quota disponibile all'epoca della morte non abbia veruna influenza sul testamento fatto anteriormente in altre condizioni. Sorge allora una quistione d'intenzione, e la volontà dell'uomo può vincere la volontà della legge.

Supponiamo, che sotto la legge dell'anno VIII un testatore abbia detto: « Dono tutto « quello, di cui mi è permesso di disporre » e che sia morto sotto il Codice Napoleone. Io simile caso l'estensione della riserva può non essere

(1) Lebrun, 2, 3, 7, n. 21. Brodeau *su Louet*, lettera *L*, somm. 6, n. 28.
(2) 2, 3, 7, n. 22.
(3) Pothier *loc. cit.*, n. 73. Ordin., del 1731, articolo 35.
(4) Pothier *loc. cit. Contra* Lebrun, ibid. n. 18. Furgole sull'art. 35 dell'Ordin., t. V, p. 290.
(5) L. 7, D., *De bonis damnat.*
(a) Questi due articoli, relativi al regime della comunione, non sono stati riprodotti dalle nuove Leggi civili. *Il traduttore.*
(6) Il mio comm. del *Contratto di matrimonio*, t. III, ni 1841 e 2217 e seg.
(7) Art. 960. (885 Leg. Civ.)
(8) Art. 14.
(9) Art. 288.

(10) Lebrun, 2, 3, 7, ni 6 ed 8.
(b) Nonostante la generalità dell'espressione pare, che in questo numero s'intende parlare delle donazioni illimitate in opposizione di quelle, che in caso di un secondo matrimonio sono permesse ad un uomo o ad una donna, che abbia figli dal primo letto. (Art. 1098 Cod. Nap. 1052 leggi civili). Imperciocchè in questo senso solamente può dirsi, che l'azione di riduzione è accordata solo a' figli di un altro letto. Ma se la donazione illimitata eccedesse il disponibile, sarebbe riducibile. *Il traduttore.*
(11) Cassaz., 20 novembre 1815 (Devill. 5, 1, 114).
(12) Cassaz., 12 luglio 1842 (Dalloz 42, 1, 312; Devill. 42, 1, 679). V. Dalloz, t. V, p. 320. Merlin, Repert. v. *Effetto retroattivo*, 3, 3, 6, 5.

Digitized by Google

quella, che determina il Codice Napoleone, ma, secondo l' intenzione del testatore, quella, che esisteva nel momento del testamento (1). Nulladimeno non vi sarebbe nulla d' illogico io supporre che così parlando, il testatore si sia riferito al momento della sua morte, e che la sua volontà abbia seguito quella della legge (2).

906. Un' oltra conseguenza del principio, che la riduzione non ha luogo, che nel giorno dell' apertura della successione, è che un figlio non può pretendere in vita di suo padre nè legittima nè anticipasione di successione.

907 Quando un figlio intenta l' azione di riduzione, spetta a lui di provare, esservi eccesso (3).

Articolo 921 (838).

La riduzione delle donazioni tra vivi non potrà essere dimandata, che da coloro a favore dei quali la legge stabilisce una riserva, e da' loro eredi o aventi causa : i donatari, i legatari o creditori del defunto non potranno dimandare questa riduzione nè profittarne (a).

SOMMARIO

908. Bisogna rimarcare, che l' articolo 921 non si applica, che alle donazioni tra vivi.
909. Nel caso di disposizioni a causa di morte la riserva non si calcola ed i legati non si prendono sulla successione, che *deducto aere alieno*.
910. Se il legittimario per completare la sua legittima ottiene la riduzione della cosa donata tra vivi, questa porzione della cosa, che passa nelle sue mani, non è allora soggetta a' debiti ? — Diversi sistemi su questo punto nel dritto antico.
911. Discussione su queste difficoltà nel consiglio di Stato.
912. Il creditore del *de cujus* non può nè dimandare la riduzione, nè profittarne.
913. Per garentirsi dal ricorso, che potrebbero esercitare contro di lui i creditori del defunto, il riservatario dovrà forse accettare necessariamente la successione col benefizio dell' inventario?
914. E se in morte del defunto non vi è altro, che l'azione di riduzione a favore del riservatario, non potrebbe questi dispensarsi dell' accettare sotto benefizio dell' inventario?
915. E dapprima per intentare l'azione di riduzione bisogna essere necessariamente erede ? — Ragioni in favore dell' *affermativa*.
916. Ragioni in favore della *negativa*, attinte nella discussione del Codice Napoleone.
917. Continuazione.
918. Continuazione.
919. Continuazione.
920. In riassunto la legge ha inteso di accordare l' azione di riduzione al figlio e non all' erede.
921. I figli non rappresentano più il loro padre, quando contra la sua volontà cercano e restituiscono la riserva.
922. Differenze tra la successione *ab intestato* e la riserva.
923. Epperò la situazione de' figli non è la stessa, secondochè il padre lo loro trasmessa o no le loro legittime intatta.
924. Questa doppia situazione è conforme alla natura delle cose, e se ne trova la traccia negli autori consuetudinari.
925. Confutazione d' una obiezione basata su di una pretesa assimilazione delle collazione alla riduzione. — L' azione di riduzione è opposta alle intenzioni del defunto.
926. Il figlio esercitando l'azione di riduzione *jure proprio*, può dispensarsi di accettare sotto il benefizio dell' inventario; gli basterà di astenersi.
927. Conseguenze.
928. *Quid* se un figlio avendo composte la sue riserve con le riduzioni operate sulle donazioni, vengono ed essere posteriormente scoperti de' beni ignoti, dipendenti dalla successione?
929. I legatari ed i donatari non possono dimandare la riduzione delle donazioni, nè profittarne — Applicazione di questi principi ed una specie giudicata dalla Corte di Cassazione.
930. Dell' azione di riduzione esercitata dagli eventi cause del legittimario.
931. Del dritto del figlio naturale riconosciuto di esercitare l' azione di riduzione.
932. Questo dritto si estende alle donazioni fatte del padre e dalla madre prima del riconoscimento?
933. Degli effetti della legittimazione e dell' adozione in quanto alla riduzione delle donazioni.
934. Eccezioni d'irrecettibilità opponibili al figlio, che esercita l' azione di riduzione. Così quando l' azione di riduzione è prematura.
935. Nondimeno il figlio potrebbe intervenire per la conservazione de' suoi dritti ulteriori.
936. Il figlio, che rinunzia alla successione dev' essere considerato come avendo rinunziato alle legittima?
937. Sarà spesso una quistione di fatto e d' intenzione quella di sapere, se il figlio nell'eseguire la donazioni rinunzie o no all' azione di riduzione.
938. La ricezione di un legato esclude il riservatario del dritto di provocare la riduzione?
939. Il riservatario può relativamente ed un legatario universale cumulare le qualità di riservatario e di legatario? Rinvio.
940. L' erede, che si è messo in possesso de' beni del defunto senza farne inventario, può iedi introdurre l' azione di riduzione per ottenere le sue riserve?
941. Della prescrizione dell' azione di riduzione.
942. Da quando comincia a decorrere questa prescrizione.

COMENTARIO

L' articolo 921 si occupa delle persone, a di cui favore l' azione di riduzione è introdotta, e l' accorda soltanto ai riservatari, ai loro eredi o aventi causa ; la ricusa ai donatari, ai legatari, o creditori del defunto.

Qui bisogna por mente, che l' articolo 921

(1) Riom 2 di gennaio 1819 (Devill. 6, 2, 2).
(2) Cassaz., 23 maggio 1822 (Devill. 7, 1, 77).
(3) Orleans, 5 dicembre 1842 (Devill. 46, 2, 1).

(a) Questo articolo è uniforme all' artic. 838 delle nostre Leggi Civili. *Il trad.*

Digitized by Google

parla unicamente delle disposizioni tra vivi, e che per conseguenza non si applica alle disposizioni a causa di morte. Ed in effetti l'articolo 921 non vuole, che i creditori del defunto possano dimandare la riduzione nè profittarne; ma per lo contrario questi creditori possono dimandare la riduzione dei legati e delle disposizioni a causa di morte.

Sviluppiamo questa differenza.

909. Quando il testatore non ha fatto, che dei legati, e che muore lasciando la sua successione gravata di debiti, tutti i suoi beni rimangono affetti al pagamento delle sue obbligazioni. La riserva non ne è esente più dei beni legati, ed i beni legati non ne sono esenti più della riserva. Imperocchè da una parte se è vero il dire, che la riserva deve essere libera ed esente da ogni peso, non si può nonpertanto fare a meno di convenire, che la riserva si calcola *deducto aere alieno*; e dall' altra i legatari non possono nulla pretendere, che dopo di essersi i debiti del defunto intieramente soddisfatti. (922, 1012, 1024, (a)). Dunque i creditori del defunto hanno il dritto di dimandare una riduzione proporzionale sui legati per soddisfarsi dei loro crediti. Chi si obbliga, obbliga il suo, e chiunque si è obbligato personalmente, è tenuto di adempiere la sua obbligazione su tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri (1).

Ma quando il disponente ha diminuito i suoi beni per mezzo di donazioni tra vivi, non può essere lo stesso. Imperocchè la donazione ha separata la cosa donata dal patrimonio del disponente; inoltre tutti i debiti, che ha contratto dopo di questa donazione o anche senza data certa, non possono essere oggetto di alcuna azione contro i beni, che la compongono; *dapoichè chi si obbliga, non obbliga, che il suo*. E questi beni non appartenevano più al donante in tempo delle sue obbligazioni, per lo che non sono stati gravati dei suoi debiti posteriori o di un' origine incerta, ed i creditori non hanno azione contro il donatario impossessato di buona fede (2).

910. Ma qui si presenta una seria difficoltà. È ben vero, che il creditore, il cui titolo non ha data certa, o è posteriore alla donazione, non può avere un'azione diretta contro del donatario. Ma supponiamo, che non resta nella successione a causa de' debiti nulla, di che compiere la legittima attribuita al figlio o all'ascendente, e che il legittimario sia obbligato di completare la sua legittima, ottenendo la riduzione della cosa donata. Allora questa porzione della cosa donata, ch' era franca e libera nelle mani del donatario, non diverrà forse soggetta a' debiti col passare nelle mani del legittimario? Dapoichè costui essendo erede, e non potendo prendere la sua riserva, che a titolo ereditario, non è quindi obbligato a pagare i debiti del defunto?

Questa difficoltà aveva fissata l' attenzione de' nostri antichi giureconsulti (3).

Specialmente Ricard aveva fatto avvertire gl' inconvenienti risultanti dal rigore di questi principi. « Un inconveniente così notabile (4) « merita bene, che si cerchi un rimedio a questo male per tirare i poveri figli dalle due estremità, che vietano loro di ricuperare questa ultima tavola dal naufragio; non potendo « da una parte dimandare la loro legittima senza prendere la qualità di erede, e non potendo dall' altra dirsi eredi senza sottoporsi ai « debiti; nel che si scuopre un'ingiustizia, che « tutti coloro, che amano l'equità, vorrebbero « sormontare, dapoichè i creditori, che vogliono gravare i figli de' loro crediti, se si fanno « eredi, vietano loro con questo rigore di godere di un bene, la cui privazione nella persona del figlio non apporta alcun vantaggio « a' creditori, di talchè recano un gran danno « senza risentirne alcun utile. Solo un terzo, « cioè il donatario, guardando questa contestazione senza esservi impegnato, ne ritiene « l' utile in pregiudizio de' figli. »

Argou teneva presso a poco lo stesso linguaggio. « Vi è nondimeno un caso, nel quale gli arresti li hanno dispensati (i figli) di « prendere questa qualità per una *grande ragione di equità*, ed è quando un padre od una madre dopo di aver fatto delle considerevoli donazioni a favore de' loro figli o di un « estraneo, vengono a contrarre de' debiti, che « superano di molto l' ammontare de' beni, che « lasciano nella loro successione; è certo, che « i figli, che non hanno ricevuto nulla, possono fare rivocare la donazione sino alla concorrenza della loro legittima. È certo ancora, che se prendessero questi beni in qualità « di eredi, i creditori verrebbero loro a torli, « il che non sarebbe giusto, poichè i creditori « non potrebbero dimandare nulla a' donatari, « e la donazione è ridotta unicamente a favore « de' figli; il perchè in questo caso si permette « a' figli di rinunziare alla successione, e nondimeno prendere la loro legittima su' beni « donati (5). »

(a) Corrispondono agli articoli 839, 966, e 979 delle Leggi civili. *Il trad.*

(1) Art. 2092 Cod. Nap. (*).

(2) Voet, *ad Pand.* lib. 39, t. V, n. 20. Treilhard (Fenet, t. XII, p. 336), Cambacérès (ibid. p. 337) Bigot (ibid. p. 337, 338). Portalis, *loc. cit.*, p. 310).

(3) Dumoulin, *Consiglia* 35, n.i 15 e seg. Auroux *sul Borbonese*, art. 219. Barmains e Chabrol su *Auvergne* t. 12, art. 32.

(4) *Donazioni*, n. 931.

(5) Pag. 327

(*) 1962 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

Digitized by Google

In questa situazione tutti gli autori convenivano della necessità di venire in soccorso de'figli, ma variavano su' mezzi (1).

Secondo Argou il figlio non poteva rinunziare alla successiona, e nonpertanto reclamare la riduzione della donazione.

Secondo Coquille il figlio doveva dichiararsi erede nella sua sola legittima (2).

Secondo Dumoulin non aveva bisogno di prendere qualità, e bastava di astenersi dalla successione senza ripudiarla, nè accettarla (3).

Da ultimo secondo Ricard (4) e Lebrun (5) doveva farsi erede col benefizio dell'inventario, ed agire in questa qualità per ottenere la riduzione; poi avendola avuta, rinunziare alla successione beneficiaria, e conservare nonpertanto i beni aggiudicatigli per la sua legittima: il che Lebrun limitava al caso, in cui non vi erano beni esistenti, e che le donazioni erano i soli beni par formare le legittime.

911. In tempo della redazione del Codice Napoleone la difficoltà fu agitata nel Consiglio di Stato, e diè luogo ad una delle più rimarchevoli discussioni (6). Un progetto di articolo proponeva di sanzionare l'opinione di Ricard e di Argou; fu difeso da' Signori Bigot, Treilhard, Cambacérès, Malleville, Portalis, ma fu vivamente attaccato in nome della buona fede e del principio, che la legittima è una porzione dell'eredità da' Signori Real, Boulay, Emmery, Muraire, Galli, Berlier. Regnaud de St.-Jean-d'Angèly, a sopratutto dal primo Console, che fece rimarcare « che la legge autorizzerebbe la « frode, decidendo, che quando vi sono de'debiti, i figli conserveranno la loro porzione della successione senza però pagare i creditori. »

In seguito di questa interessante discussione il progetto della sezione fu rigettato, e fu deciso dal consiglio, che i creditori potrebbero esercitare la loro azione su'beni, che la riduzione restituisce a' legittimari (7).

Di là un progetto di articolo, che fu comunicato al Tribunato nella seguente forma (8).

« La riduzione potrà essere dimandata da « coloro, a favore de' quali la legge stabilisce « la riserva, da' loro eredi o aventi causa: non « potrà esserlo da' donatari o legatari, nè dai « creditori del defunto, salvo a questi creditori « di esercitare i loro dritti su' beni ricuperati « per effetto di questa riduzione ».

Ma il Tribunato combattè questa disposizione per le ragioni, di cui gli autori erano stati gli organi nell'antico dritto: fece rimarcare essere la riduzione un dritto puramente personale (9); non esistere pe'creditori ma unicamente pel figlio; essere illusoria, se fosse diversamente, e cho i riservatari non avrebbero esercitata la riduzione, introdotta a loro favore, se non nell'interesse de'creditori: che da un altro lato il riservatario, vedendo che esercitava la riduzione unicamente a profitto del creditore, che verrebbe a togliela, non mancherebbe di astenersi dall'esercitare tale riduzione, ed allora il legittimario resterebbe senza riserva, ed i creditori senza mezzi di farsi pagare. L'uno e l'altro perderebbero senza utile di chicchessia all'infuori del donatario, che verrebbe a conservare intiera la sua donazione (10) Allorchè il Sig. Bigot rese conto al Consiglio di Stato di questa opinione del Tribunato, il Sig. Tronchet, ch'era assente nella precedenti discussioni, dichiarò, che secondo lui l'opinione del Tribunato era conforme a'principi (11), e la sostenne per due considerazioni nuove ma secondarie, e che io per conseguenza ometto.

La proposizione del Tribunato fu infine adottata dal Consiglio (12), a l'art. 921 uscì da questa tripla pruova tale, quale oggi lo vediamo.

912. Così non solamente il creditore del defunto non può dimandare la riduzione, ma quel che è più grave, non ne può neppure profittare, essendo escluso direttamente ed indirettamente. Ed in realtà il creditore non può ragionevolmente dolersi di questo stato di cose. Non gli si reca alcun pregiudizio, poichè standosi ai principi, egli si troverebbe sfornito di azione contro chicchessia. Ed in effetti siccome non si potrebbe forzare il legittimario ad esercitare la sua azione, ne segne, che quest'ultimo si asterrebbe dall'esercitare un'azione, dalla quale non ritrarrebbe alcun profitto. Di là un doppio inconveniente uno pel creditore, al quale il legittimario contraporrebbe la sua inerzia, l'altro pel legittimario, che troverebbe innanzi a lui il creditore,

« Che non fa nulla, e nuoce a chi vuol fare. »

Almeno secondo l'art. 921, se il creditore non ritira verun profitto, non nuoce a colui che la natura e la legge circondano di tanti privilegi.

913. Nonpertanto si presentisce una seria obiezione; ammettiamo, si dirà, che i beni rientrati nelle mani del figlio in seguito della riduzione, non siano affetti a' debiti, a che siano considerati come da' beni proprii del riservatario; sempre è certo, che se si dichiara erede puro e semplice, seguirà una confusione del suo patrimonio e di quello del defunto, e che allora il creditore di quest'ultimo, divenuto creditore personale del figlio, potrà agire su' beni,

(1) Grenier ha esposto questo punto molto giustamente, t. IV, n. 592.
(2) *Sul Nivernese*, t. 27. art. 7.
(3) *Consiglio* 35 n. 5 e seg.
(4) *Loc. cit.*
(5, 2, 3, 1, n. 10.
(6) Fenet t. 12, 335 a 349.
(7) *Idem* pag. 349.
(8) Art. 31 (Fenet, tom. 12 pag. 421).
(9) Fenet tom. 12 pag. 448 e 471.
(10) Tuttociò era stato detto nel Consiglio di Stato.
(11) Fenet tom 12 pag. 471.
(12) *Idem* pag. 472.

Digitized by Google

che compongono la riserva, e che sono rientrati nelle sue mani. Dalla quale obiezione colpiti, gli autori hanno pensato, che per isfuggire ad una confusione, che rovescerebbe le previsioni della legge, bisognava, che il legittimario non accettasse la successione, che col beneficio dell' inventario. Vi sarebbe allora separazione de' patrimonii, ed i beni provvenienti dalla riduzione, incorporandosi pel beneficio speciale dell' art. 921 nel patrimonio del riservatario invece di entrare nella successione, non offrirebbero a' creditori veruna preda (1). Questa quistione non è facile a risolversi nel caso, che abbiamo esposto, che in quanto i figli trovassero nella successione una parte della loro legittima, dapoichè è chiaro, che se avessero preso questa porzione senza prendere le loro precauzioni sulle conseguenze di un' accettazione pura e semplice, i beni rientrati nelle loro mani per mezzo della riduzione si confonderebbero nel loro patrimonio; che divenuti debitori personali per una imprudente accettazione, sarebbero tenuti senza distinzione su tutt' i loro averi, e che quindi per salvarli da quest' errore e conservare loro il beneficio dell' art. 921, l' accettazione col benefizio dell'inventario è qui indispensabile (2).

914. Ma è lo stesso, quando non vi è nulla nella successione, quando i figli non hanno fatto atto anteriore di erede, quando il loro solo atto come il loro solo profitto è l' azione di riduzione? Bisogna in questo caso, ch' eglino accettino col benefizio dell' inventario per preservarsi dall'azione de' creditori?

A mio senso questa quistione non dev' essere risoluta del tutto come la precedente, e gli autori hanno gravemente errato, generalizzando la loro proposizione.

Per provarlo vi è una quistione pregiudiziale da rischiarare, cioè per intentare l'azione di riduzione bisogna necessariamente essere erede?

915. Su questa quistione l'affermativa è quasi da per tutto insegnata ed io stesso ho seguito questa impulsione (3). La riserva, si ha l'abitudine di dire, è ciò, che costituisce la successione. E però la dimanda di riduzione, avendo per obietto di arrivare a formare la riserva, è una vera petizione di eredità; essa dunque non appartiene, che agli eredi. Questo altrevolte insegnavano i più gravi autori; Ricard, Lebrun, Argnut, Pothier (4), e lo spirito del Codice vi è conforme. In effetti gli articoli 1004 e 1011 del Codice Napoleone (a) vogliono, che in tutt'i casi, anche nel caso di un legato universale, gli eredi riservatarî siano impossessati di pieno dritto, e che il legatario universale dimandi loro il rilascio. I legati non sono, che de'fedecommessi, de' quali i riservatarî sono gravati dal defunto. Ciò stabilito, non è probabile, che il Codice abbia voluto legare la riserva ed il dritto di dimandare la riduzione alla semplice qualità di figlio, come faceva il Dritto romano, perciocchè si sarebbe contradetto nel venire a dare il possesso ereditario ai legittimari, vale a dire a coloro, che non sono eredi (5).

Nulladimeno vi sono delle obiezioni insormontabili da fare a questa opinione, e soprattutto s'incontrano chiare, energiche, vittoriose nella discussione del Codice Napoleone.

916. I redattori del Codice Napoleone si trovavano messi tra'principii del dritto romano ed i principii del dritto consuetudinario, che partivano da due punti differenti (6); ma siccome la materia si prestava naturalmente a' termini medi ed alle transazioni, si preferì ad un sistema esclusivo una eccelta ragionata d' idee, prese nell'uno o nell'altro dritto, ed adattate all'esigenza della giustizia. Ed in effetti di che si trattava?

Della legittima, vale a dire della più favorevole cosa e di un dritto di ordine pubblico e sociale (7). Epperò avvenne, che per dare a questo dritto sacro tutt'i privilegi reclamati dall'equità, si prese in impronto ora dal dritto romano ora dal consuetudinario. D' onde delle idee, che non quadrano co' principî, che la riserva è l'eredità, ed altre idee, che sono disparate nel sistema, secondo il quale la legittima è piuttosto data al figlio, che all'erede. Chiunque tenterebbe di piegare il Codice Napoleone ad un sistema assoluto e di un sol getto, gli farebbe subire la tortura. Il suo sistema è misto, piegandosi ora da una parte ora dall'altra secondo il favore de' casi.

Ora qui su questa quistione particolare dell' azione di riduzione è dell' ultima evidenza, che il Codice ha guardato la qualità di figlio e non la qualità di erede; che l'azione di riduzione, azione eccezionale, tutta particolare del figlio, tutta personale di lui, si distingue dalle altre azioni di dimanda di legittima (8); ch'essa è un privilegio dato al figlio, solo come figlio, mentre le altre azioni di legittima non sono, che delle azioni ereditarie, attribuite alla qualità di erede.

917. Ma seguiamo passo passo la discussione. Si è occupato dell'azione de'creditori del defunto su' beni, che i legittimari hanno fatto

(1) Grenier t. 4. n. 592; Toullier t. 5. n. 124; Duranton t. 8, n. 324.
(2) Lebrun, 2, 3, 1, n.i 10 e 29.
(3) Il mio *contratto di matrimonio* t. 3. n. 2223 contiene una proposizione troppo assoluta.
(4) *Sopra*, n.i 747, 769.

(a) Corrispondono agli articoli 930 e 965 delle Leggi civili. *Il traduttore.*
(5) Grenier t. 4. n. 589. Lescot n. 445 1, 2. Marcadè sull' art. 921 n. 4.
(6) *Sopra* n.i 746, 741.
(7) Bigot (Fenet, t. XII, p. 342).
(8) Portalis (Fenet t. X, p. 342).

Digitized by Google

ricatrare nella successione per formare la loro riserva; quistione, che si lega intimamente a quella di sapere, se la riserva è la successione *ab intestato*.

Il sig. Bigot considera, che giusta i principl i creditori dovrebbero avere un'azione su questi beni, e che per loro torla bisogna un' eccezione, intende dunque, che i riservatari non hanno dritto, che com' eredi, e che senza il soccorso della legge soccumberebbero innanzi l'azione de'creditori (1). Tutta una parte del Consiglio di Stato si pronunziò in questo senso.

Il sig. Real disse. « Il figlio, ch'esercita « quest'azione (l'azione di riduzione) fa necessariamente atto di erede. Quindi è tenuto « del pagamento de' debiti. » (2)

Il sig. Emmery: « La riduzione è un privi- « legio riserbato esclusivamente a' legittimari. « Però non possono farne uso senza dichiararsi eredi, e non possono vestire questa qualità senza entrare in tutte le obbligazioni del « defunto, che rappresentano (3). Niun dubbio, « che i beni raccolti dal figlio a titolo di legit- « tima non siano una frazione della porzione « ereditaria. » (4)

Il sig. Murairé: « Le cose, che la riduzione « fa rientrare nella successione, prendendo il « carattere di beni ereditari, divengono il pe- « gno de' creditori, dapoichè l'azione di ridu- « zione è un'azione ereditaria ed una porzione « della successione » (5).

Il sig. Berlier: « Non è possibile di vedere « solamente il figlio nell'individuo, ch'esercita « l'azione di riduzione, ma sibbene anche l'e- « rede per lo meno legittimario, e quindi ob- « bligato verso de' creditori » (6).

918. Ecco un insieme di dottrine, che ben dimostrano, non essere la quistione passata inavvertita o d'una maniera fuggitiva, ma invece essere stata elevata con precisione, con perseveranza, e delle menti distinte l'hanno risoluta nel senso di un atto di erede.

Ma ecco la controparte, e questa è la più forte, perchè il campo di battaglia l'è restato dopo diverse peripezie.

Sentiamo dapprima Malleville.

« Nel corso della discussione si è supposto « male a proposito, che il legittimario agiva « necessariamente com'erede. Se lo facesse in « tale qualità, sarebbe obbligato di rispettare « la donazione, come gli altri contratti sotto- « scritti dal defunto invece di essere ammesso « a farla ridurre (7).

Su che il sig. Reale, la cui opinione favorevole a' creditori era unicamente fondata (lo dichiara egli stesso) su che pensava, che il figlio, ch'esercita la sua azione, fa atto di erede, intimò, per così dire, il sig. Malleville di giustificare la sua proposizione e di provare, « che il successibile, che rinunziasse, potrebbe « malgrado la sua rinunzia esercitare la sua « azione di legittima » (8).

Allora il sig. Malleville rispose:

« Questo non è altro, che un equivoco. Sen- « za dubbio il legittimario, che avesse rinun- « ziato l'eredità di suo padre, non sarebbe am- « messo ad impugnare le donazioni, perchè i « donatari gli direbbero, che se non l'avesse « ripudiata, avrebbe potuto trovare nella suc- « cessione la sua legittima (9). Ma però non ne « segue per questo, ch'egli dimanda la ridu- « zione della donazione nella qualità di erede, « e che per una conseguenza ulteriore sia te- « nuto al pagamento de' debiti contratti dopo; « il contrario è evidentemente provato, dapoi- « chè in questa qualità di erede sarebbe obbli- « gato di rispettare questa donazione. Come fi- « glio e non com'erede, come colui, che non « poteva essere privato della sua legittima da' « disposizioni a titolo gratuito, egli riduce que- « ste donazioni eccessive, e per l'autorità della « legge si mette nel luogo de' donatari » (10).

Il Console Cambacérès disse:

« La qualità di legittimario non suppone ne- « cessariamente la qualità di erede » (11).

Come si vede, tutto questo è perfettamente chiaro.

Allora il sig. Treilhard propose di troncare la quistione per delle ragioni particolari senza esaminare, se il legittimario è erede o creditore (12) Ma sarebbe stato eludere una difficoltà, che aveva dato più d'una briga all'antico dritto. Il Consiglio di Stato non intese di seguire questo consiglio, e decise con la sua prima deliberazione, che i creditori potrebbero esercitare le loro azioni su beni restituiti al legittimario per effetto della riduzione; il che era decidere ancora necessariamente, che il legittimario si rendeva erede con la sua dimanda di riduzione.

919. Nulladimeno il Tribunato intervenne, ed una ben diversa dottrina prevalse nel suo seno. Ecco come viene formolata da'processi verbali:

« L'azione di riduzione è un dritto puramen- « te personale. È reclamato dall'individuo co- « me figlio, fatt'astrazione dalla qualità di ere- « de, che può prendere oppur no » (13).

Ed in vista di ciò il Consiglio di Stato rivie- ne dalla sua decisione, ed adotta il siste-

(1) Fenet t. XII, p. 335 e p. 342.
(2) *Ibid.*, p. 337.
(3) Fenet, t. XII, p. 337.
(4) *Ibid*, p. 342.
(5) *Ibid.* p. 340.
(6) *Ibid.* p. 333.
(7) Fenet, t. XII, p. 345.
(8) *Ibid.* p. 345.
(9) *Infra.* n°. 934.
(10) Fenet, t. XII. p. 345.
(11) *Ibid.* p. 346.
(12) *Ibid*, p. 347.
(13) *Ibid.* p. 348.

ma, che si sa. Iodi il Tribuno Jaubert reodendo conto della legge al Tribunato, dice a proposito dell'art. 921:

«...Eglino non vengono com'eredi: l'azione « diretta di riduzione è ricusata a' creditori ; « ma è loro ricusata unicamente, perchè non è « nella successione; imperciocchè se fosse nel« la successione, non si potrebbe loro negar« lo (1). »

Ed il tribuno Favart, oratore del Tribunate: «I figli dimandano la riduzione non già come « eredi; il che è così vero, che lo porzione donata, « che scemava la riserva legale, era distaccata « dalla successiene. I figli la conquistano sul « donatario, e la prendono così libera, com'era » nelle sue meni » (2).

920. In presensa di questi elementi chiunque vorrà dare a' motivi della legge l'autorità, che loro appartiene, riconescerà, che il legislatore ha qui considerato il figlio e non l'erede, e che la qualità di erede non è necessaria per inteatare l'azione di riduzione. Il Codice sapeva da quale difficaltà si trovava stretto, quando si legava l'asione di riduzione alla qualità di erede ; esso oon ignorava l'imbarasso di Ricard, Lehrum, Coquille, Dumoulin, Argou per uscire dall'impaccio, in cui la quali à di erede li teneva imprigionati (3). Il perchè ha preso una base differente, e vede nell'attore in riduzione il figlio e non l'erede ; ed al figlio e non all'erede presta soccorso oel creare un privilegio eccezionale.

921. E vi sono per questo delle buenissime ragioni: che cosa è la riserva? La parola lo dice: è une perzione del patrimonio pateroo, di cui il padre non ha la intiera disposizione, ch'è gravata di un dritto a favore de' figli, ch'è sotto certi riguardi attribuita a quest'ultimi pel solo fatto della loro esistenza. Eglino non ripetono unicamente dal defunto il loro dritto; lo ripetono pure dalla lero qualità, dalla natura, e dalla legge, interprete della natura. Eglino hanno ancora de'dritti contrari assai potenti per mettere in quistione certi atti del defunto, e l'azione di riduzione n'è la pruova: il sig. Malleville oe faceva la giusta osservazione. Forse com'eredi e continuatori della persona del defunto vengono ad attentare alle donazioni emanate dal defunto?

È vero, che sono obbligati da'contratti dalle obbligazioni da' fatti derivanti dal defunto nel limite di quello, che gli è permesso della legge. Sotto questo rapporto sono eglino i suoi continuatori ed i suoi rappresentaoti. Ma ciò non distrugge la oostra propesizione. Un'associato è anche tenuto per gli atti del gerente della società, un comunista pel mandatarie della comunione, una meglie in comunione per gli atti di suo marito. Ma da ciò noo deriva, che l'associato il comuoista il coniuge non abbia un dritto proprio individuale personale, che si separa dall'interesse sociale e comune, e che sovente si mette in lotta con colui, che n'era l'agente. Tra il padre ed i figli vi è una specie di comuniene origioaria e di conproprietà, che ha per conseguensa la riserva (4). I figli erano rappresentati dal padre in tutto ciò, che la legge, la buona fede verso de'terzi, e le necessità del commercio autorizzano ; epperò sono tenuti de' suoi atti. Ma non lo rappresentano, quando contro la sua volontà ricercano e ricostituiscono quella riserva, che *ab initio* era loro comune con lui, e che ha annullata o diminuita per le sue inofficiose liberalità. Allora agiscono *jure proprio, jure sanguinis, jure naturali*.

922. Per lo che a torto si apportano qui delle idee assolute, e si formola seoza eccezione nè limite la propesizione volgarmente ripetuta, la riserva essere la successione. Si ha ragione in molti casi; e ricoosco, che assai spesse l'azione di legittima è un'asione ereditaria. Ma non generalizziamo troppo, se vogliamo guardarci dall'errore. Ed in effetti bisogna fare attensione, che il dritto de'figli è un dritto misto, uno di quei dritti, in cui s'incontrano de' principi opposti, come il dritto della moglie sulla comunione, e che vestono più di un colore. Volete rimontare alla sorgenta della sucessione *ab intestato*, creata dalla legge a favare de'figli? Avrete una mescolanse. Volete per lo contrario preoccuparvi di vantaggio delle fondamenta della legittima? Ne avrete un'altra. La successione *ab intestato* discende da una presunsione di affezione del padre verso de'figli; la legittima discende da una diffidenza della legge contro il suo potere arbitrario. Nel primo casa il legislatore fa quello, ch'è presumibile, che il padre avrebbe fatto, se avesse espressa la sue volontà; nel secondo disfà secondo le circestanze, modifica o limita l'opera della sua voloatà espressa. Nel primo caso il figlio rappresenta e continua colui, che si presume averlo chiamato ; nel secondo lungi dal rappresentarlo e continuarlo sempre, può essere condotto a contrariarlo e combatterlo. Nel primo caso, ciò che domina, è il dritto di proprietà dal padre, consacrato in sua vita al benessere de' suoi figli, esercitato a loro profitto, e religiosamente trasmesso dopo della sua morte a questi presunti eletti della sua affezione ; oel secondo caso quel, che colpisce la mente, è il dritto di coopreprietà de' figli, difeodendosi, se vi è luogo, contro gli attentati del padre, ed appoonendo alla sua oonipotenza il contrappeso della loro riserva. Nel primo caso il padre ha adempito il suo dovere verso de' figli; egli si è sdebitato, e costoro debbono alla sua memoria delle azioni di grasie. Nel secondo casa il padre, che non ha rispettato la legittima, è morto

(1) Fenet. t. XII, p. 593.
(2) *Ibid.* p. 634.
(3) *Sopra* n°. 910.
(4) *Sopra* n¹. 737, 757.

Digitized by Google

debitore de' suoi, e li lascia suoi creditori (1). Onde il sig. Bigot diceva benissimo. « *Il figlio è esso stesso creditore* » (2).

Ecco per certo delle situazioni ben diverse, e quando per definirle il Codice passasse dal dritto romano al dritto consuetudinario non meriterebbe il rimprovero d' incoerenza o di contraddizione.

923. Diciamo dunque, che bisogna fare una distinzione tra il caso, in cui il padre trasmetta ai figli la loro legittima intatta in modo, che la ricevono da lui, ed il caso, in cui egli l' ha alterato o distrutta, e nel quale la ricercano contro di lui. Là eglino succedono veramente, prendono il posto del padre (3); ricevono da lui un benefizio, poichè avrebbe potuto vendere, dissipare, giocare, ed ha amato meglio di essere un padre affettuoso e conservatore. Vi è concorso della volontà del padre per trasmettere e della volontà dei figli per accettare, e questo concorso produce il legame, la catena della successione. Qui per lo contrario i figli non sono eredi, ma sono avversari, contraddittori, e creditori.

924. Questo doppio aspetto non ha nulla, che ferisca la ragione: invece nasce dalla natura delle cose. Gli antichi autori consuetudinari ne avevano avuto il presentimento (4). Che cosa è l' idea di Coquille di fare accettare soiamente la legittima, se non che la legittima, non somiglia alle altre parti della successione; che vi sono in ciocchè la concerne delle regole speciali; e che non si eredita della stessa maniera come si eredita la parte non riserbata? Se la legittima fosse nella successione del defunto allo stesso titolo del resto del suo patrimonio, sarebbe possibile agli occhi di una mente così giudiziosa come Coquille di accettarla con effetti, che non fossero quelli di un' accettazione ordinaria? Potrei dire altrettanto dei mezzi termini proposti d' Argou Ricard ecc., ecc., perchè attestano un pensiero, che metta una differenza sensibile tra la legittima e gli altri effetti della successione. Ed è certo effettivamente, che la legittima non ha un carattere unico, e che la sua fisonomia dipende molto dalla quistione di sapere dove e come si prende. Essa è la successione o una parte della successione, quando si prende nella successione. Ma se si è obbligato di conquistarla su delle cose alienate dal defunto, e messe da lui al di fuori della successione, a vero dire non si prende più la successione, non gli si succede, ma si esercita un privilegio personale, inerente alla qualità di figlio, e che niun' altro all' infuori del figlio potrebbe esercitare. Per lo che Portalis aveva ragione di dire: « L' azione di riduzione è un privilegio personale del figlio « a differenza dell' azione della legittima, che « è una porzione della successione (5). »

925. Si è insorto contro questa dottrina, e si è preteso, che non bisognava attaccare troppa importanza all' opposizione d' interessi, che si manifesta qui tra il figlio ed il padre donante; che non bisognava dare soverchia estensione al principio che l'erede rappresenta e continua colui, di cui raccoglie i beni: che se l' erede ha dei dritti, che prendono la loro sorgente nella persona del defunto, ve ne sono degli altri, che la legge istituisce per cominciare soltanto dopo la morte nella persona del successore; che per esempio il dritto di domandare la collazione, è una nuova azione, che non emana dal defunto; che si trovano pure delle azioni stabilite contro l' erede, e che non si avrebbero potuto esercitare contra del defunto, per esempio l' azione pel pagamento dei legati ecc. (6).

Tutto questo non è ammessibile, e gli esempi, che si presentano, vanno direttamente contro la tesi, che si sostiene. Il dritto di domandare la collazione è uno delle prerogative della qualità di erede, perchè è nella successione, perchè procede dalla volontà del defunto, perchè questi donando per semplice anticipazione di successione, ha inteso, che la collazione si farebbe alla sua successione, e che ha quindi trasmesso ai suoi eredi il dritto di far eseguire le stipulazioni dei suoi trattati. In quanto all' azione in pagamento dei legati diretta contra l' erede, non è forse perchè rappresenta il defunto obbligato a volere quel, che il defunto ha voluto? Non confondiamo il tempo dell' azione coi principio dell' azione; è mille volte evidente, che molte azioni, che non esistevano in vita del defunto, non sono per questo meno nella sua successione come procedenti da lui. Tutte le azioni di divisione, tutte le azioni *ex testamento* sono in questo caso.

Ma nella quistione, che agitiamo, si tratta forse di nulla di simile? No, evidentemente no. L' azione di riduzione è incompatibile con la rappresentazione del defunto. Non già perchè è nata dopo la morte del defunto, come l'azione di collazione, che noi diciamo uon procedere dal defunto, ma perchè va contro le intenzioni del defunto, e tenta a rovesciare nell' unico interesse del figlio quel, che il donante aveva fatto nel libero uso del suo dritto di proprietà. In dritto non si può trovare un' azione ereditaria, che non procede dal defunto. Anche quando l' erede *ab intestato* dimanda la nullità del testamento fatto contro le leggi ed in una forma irregolare, fa quello,

(1) *Veluti* AD DEBITAM *successionem eos vocando.* Paolo. I, 7, D *De bonis damnat.*
(2) Fenet, t. XII, p. 342.
(3) Argomento dall' art. 924.

(4) *Sopra* n. 910.
(5) Fenet, t. XII, p. 342.
(6) Lescot, t. II, n. 446. Marcadè sull' articolo 921, n. 4.

Digitized by Google

che avrebbe potuto fare il defunto, se l' atto gli fosse stato opponibile, vale a dire dimandare di essere sciolto da una obbligazione viziosa e nulla nella forma e nel fondo.

926. Ritorniamo ora alla quistione elevata nel n.° 914.

Come lo dicevamo, si presenta nell' ipotesi, in cui i beni rimasti non hanno potuto pagare i creditori del defunto, e nel quale il legittimario non ha potuto trovare la sua legittima se non per mezzo di riduzione fatta sulle donazioni. Questa posizione è la più frequente, rhecchè ne dica il signor B.rlier (1); dapoichè si vedrà più tardi, che non vi sono beni per pagare la legittima, se non quando i creditori sono stati soddisfatti; *bona non dicuntur nisi deducto aere alieno*. Se dunque un conflitto si produce tra i creditori ed il legittimario, è perchè la successione è oberata ed insolvibile: è perchè i creditori non banno potuto trovare nei beni rimasti di ebe pagarsi del loro credito; è perchè senza delle riduzioni ottenute non vi sarebbe nulla nè pei creditori nè pei legittimari.

Ciò premesso, è chiaro, che la necessità di una accettazione della successione col benefizio dell' inventario non ha nessun foadamento. Il figlio aoa fa atto di erede nell'esercitare l' azione di riduzione; agisce come figlio *jure proprio*, come l' abbiamo detto con tutti quei redattori del Codice Napoleone, che hanno fatto prevalere la loro opinione nella redazione diffinitiva della legge. Mai nella discussione del Consiglio di Stato e del Tribunato si è riguardato il benefizio dell' inventario come una condizione necessaria per sottrarsi dalle azioni dei creditori. Il signor Real diceva pure, che questa specie di accettazione noa serviva a nulla (2). Il legislatore è stato molto più radicale: ha voluto, che il figlio nel dimandare la riduzione non facesse atto di erede, ed ha dichiarato, che non agiva che come figlio.

E poichè la sua azione non è quella di un erede, ma la sua propria, non gli fa prendere qualità; non l' obbliga, non lo compromette, e con ciò si trova ricondotto all' opinione così sensata di Dumoulin, che diceva essere sufficiente di astenersi senza ripudiare nè accettare (a).

Il sentimento, che combatto mi sembra d' al-

(1) Fenet, t. XII, p. 343.
(2) Fenet, t. XII. p. 337.
(a) Ma nella pratica è questo possibile a fronte dei creditori ereditari? Decorsa il termine per fare l'inventario o deliberare, non può essere il figlio obb'igato ad accettare o ripudiare l'eredità? Como può egli danque astenersi dirimpetto a'creditori, le cui azioni non possono rimanere sospesa oltre il termine conceduto all'credo presuntivo per determinarsi ad essere n pur no creda? L' art. 811 del Codice Napoleone pari all' art. 730 delle nostro Leggi civili dichiara un'eredità giacente quando, decors' i termini per fare l'inventario e deliberare, o è ignoto l'erede, o l'erede conosciuto vi ha rinunziato.

D' altronde è difficile di concepire, che il riservatario debba essero necessariamente erede per prendere la sua riserva da'beni della snecessione, e possa non esserlo per prendere questa stessa riserva per mezzo della riduzione. È pressochè impossibile, che il defunto non lasci un sol' oggetto nella sua eredità. Un mobile, un abito basta, perchè questi oggetti debbano formare massa con le cose donate, e perchè il riservatario debba prenderli per imputarli nella sua riserva; solo quello, che manca determina la riduzione. Allora indubitatamente dovrà essere erede. È vero, che supponendo dei debiti, questi oggetti saranno prelevati da' creditori, e la riserva sarà presa per intiera sulle cose donate, ma è vero altresì, che in questo caso oltre l' impossibilità giuridica di non accettare o ripudiare l' eredità, l' aggregazione fittizia alla massa de' beni esistenti, che dovrà farsi delle cose donate, fa risultare un sol tutto, che rappresenta la successione, e che conseguentemente non può prendersi nè in tutto nè in parte, che a titolo di erede.

Ammesso una volta il principio, che la riserva è dovuta a titolo di erede; che anzi il riservatario è l' erede legittimo, cui si trasmette immediatamente il possesso de' beni del defunto, e che questa qualità non può dismettersi altrimenti, che con una formale rinunzia nei modi, dalla legge prescritti, non è possibile di ritenere il riservatario non erede, quando esercita l' azione di riduzione. Con questa azione si chiede la riserva, e per avere la riserva bisogna essere erede. Il Codice indubitatamente ha potuto prendere dal dritto romano e dal dritto consuetudinario francese una parte o l' altra della materia delle successioni, ma ammesso un principio, attinto dall' uno o all' altro dritto, non può sconoscere le conseguenze giuridiche, che ne derivano, nè può volere, che dovendosi indispensabilmente esser' erede per avere la riserva, si possa non esserlo nell' esercizio di uno de' mezzi per conseguirla. Ciò è così vero, che i sostenitori dell' opposto sistema non vogliono però, che il riservatario rinunzi alla successione (V. il n. 936), quasichè fosse possibile essere e non essere erede nel medesimo tempo.

Nè poi è vero, che ritenendosi erede, il riservatario offenda la buona fede col non sodisfare i creditori ereditari col prodotto della riduzione, imperciocchè i beni donati non formavano più la garentia de' creditori. La loro sorte è fissata nel momento della morte del loro debitore; i beni esistenti garentiscono i loro crediti: i beni alienati a titolo gratuito o oneroso sono divenuti loro estranei, e proprietà di terzi.

Or questa proprietà del donatario sottratta da ogni azione de' creditori ereditari, ed incommutabile relativamente a loro, è soggetta all'azione di riduzione, unicamente introdotta nell' interesse del riservatario. È egli giusto, che tal'azione sia esclusivamente stabilita pei riservatari e non pei creditori? Sì indubitatamente, perchè il debitore ha facoltà di donare in pregiudizio de' creditori, e non ha facoltà di donare in pregiudizio della riserva stabilita dalla legge. D' ond' emerge, che l' azione della riduzione è un' azione tutta personale del figlio, che non attinge dal defunto, e ch' egli esercita in suo proprio nome per conseguire la quota riserbatagli nella successione, ma che non può avere, che in qualità di erede. I beni, che ne provvengono, non ritornano all' eredità, d' ond' erano diffinitivamente usciti per effetto di un'alienazione, che pregiudicava i creditori, non il riservatario; era irretrattabile per gli uni, retrattabile per l' altro, perchè la capacità del donante era illimitata pe' primi, limitata pel secondo. E ciò è giusto, perchè è la conseguenza del principio, che si può essere liberale non ostante i debiti, ma non già oltre i limiti assegnati dalla legge per serbare una quota dell' eredità a coloro, cui spetta per natura.

Il riservatario adunque dopo di avere ritenuta la qualità di erede, che la legge gli ha conferita, e che il defunto non può torgli, se non per causa determinate, prende

tronde contenere una contraddizione; ed in effetti se le cose provvenienti dalla riduzione cascono nel patrimonio proprio del figlio, come si riconosce, dover ciò avvenire pel benefizio dell' inventario, si riconosce con questo stesso, che non sono desse cose della successione, della eredità. Se non sono cose de la successione, della eredità, appartengono dunque al figlio *jure proprio*. Se sono cose proprie e personali, non fa dunque atto di erede nel dimandarle, e se non fa atto di erede, a che viene a parlarsi della necessità di accettare col benefìcio de lo inventario per non immischiarsi nell'eredità?(a)

927. Da ciò segue, che il figlio, che ha una fortuna personale, non ha da temere, che la ricezione della sua riserva per la via della riduzione dia dritto ai creditori di suo padre di agire contro di lui sui suoi propri beni. Poichè la sua azione non è considerata come atto di erede, non opera veruna miscela, veruna commistione, e lascia il figlio quale era per lo innanzi. Questo risultamento può sembrare offensivo per la buona fede, ed il primo Console ne faceva l' osservazione, vedendo bene, che tale era il risultamento del sistema, che combatteva: « È contro ai costumi, egli diceva, « che un figlio opulento non paghi i debiti di « suo padre » (1). Che rispose Treilhard? Che l' esercizio dell' azione senza la precauzione del benefizio dell' inventario operava una confusione di patrimonio, che rendeva il figlio debitore personale? Affatto, rispose: « Che col « formare delle ipotesi è facile di attaccare la « più saggia legge, giustificare la più inescusa« bile, comprendendo bene, che il risultamento della legge sarebbe di rendere il figlio inattaccabile sui suoi beni personali.

928. Le osservazioni, che precedono servono a risolvere la seguente difficoltà.

Per esempio, un figlio perviene a comporre la sua legittima con le riduzioni, che ha fatto eseguire sulle donazioni; sotto tutti gli altri rapporti la successione non ha dei beni esistenti. Ma ecco, che più tardi si scuoprono dei beni ricaduti nell' eredità ed ignoti in tempo della riduzione. È certo, che i donatari avranno il dritto di dire al figlio: « Pagatevi della vostra « legittima su questi nuovi valori, e restituiteci « quello, che ci avete tolto per la riduzione; « dapoichè noi non eravamo soggetti alla ri« duzione, che in mancanza di valori della « successione. E siccome la successione è di« venuta a sufficienza ricca per pagarvi il suo « debito, dobbiamo rientrare in ciò, che ab« biamo oramai acquistato irrevocabilmente».

Adunque il figlio sarà obbligato di restituire ai donatari quello, che aveva preso da loro. E perchè nella posizione, che gli abbiamo fatto, non ha potuto essere obbligato di prendere qualità per acquistare la sua legittima, nè ha neppure rinunziato, nulla gl'impedirà di prendere la successione coi nuovi elementi, dei quali si è arricchita.

Il Presidente Espiard, annotatore di Lebrun (2), il signor Grenier (3) ed il signor Toullier (4) hanno espresso il timore, che il figlio, che non avesse accettato nè puramente e semplicemente nè col benefìcio dell' inventario a fine di fare ridurre la donazione, non potesse profittare dei beni scoperti *ex post facto*

la quota serbatagli nella successione. Se la prende dai beni esistenti nella eredità, questi beni sono soggetti a debiti per un doppio motivo; il primo perchè formavano già la garentia de'creditori; il secondo perchè la riserva calcolandosi dopo dedotti i debiti, il riservatario ha avuto i beni affetti alla soddisfazione de' debiti oltre quelli destinati a comporre la sua legittima Se la prende da' beni donati, li ritiene come beni personali, perchè erano stati già alienati in pregiudizio de'creditori, e solo soggetti a garentire la sua riserva legale.

Ed in quanto alla contradizione, che si ravvisa nell' esser' erede e quindi rappresentare il defunto e nell' impugnare un contratto da lui consentito, essa sparisce, se si pon mente, ch' essendo limitata la facoltà di disporre a titolo gratuito, ogni donazione è intrinsecamente irretrattabile solamente sino alla concorrenza della quota disponibile, di talchè per una condizione inerente nella stessa disposizione la donazione si risolve a favore del donatario pel dippiù, ch'eccede la detta quota. Oltre di che l'erede, sebbene rappresenta il defunto, conserva nondimeno i suoi dritti e le sue azioni contro del medesimo, sol che abbia accettata l' eredità col benefizio dell' inventario.

E di questo benefizio dell' inventario deve avvalersi l' erede riservatario per sottrarre i beni pervenuti dalla riduzione, come gli altri suoi beni personali all'azione de' creditori ereditari. Non v' ha alcuno inconveniente ad appigliarsi a codesto espediente, e ve n'è uno gravissimo nel non accettare nè ripudiare la eredità, dapoichè decorso il termine della prescrizione della facoltà di accettare o rinunziare (Art. 789 Cod. Napoleone, 706 Leggi civili) il riservatario potrà trovarsi suo malgrado erede puro o semplice del defunto.

Osserveremo in fine, che per l' art. 722 delle nostre Leggi civili il riservatario è necessariamente obbligato a fare l' inventario sotto pena della perdita del dritto di dedurre la riserva. Epperò è da conchiudersi, che questa stessa obbligazione abbia per esercitare l' azione di riduzione. Per lo che dovendosi necessariamente compilare l' inventario, non vi è assolutamente veruna ragione per non accettare l' eredità con quel benefizio.

Il traduttore

(a) Come abbiamo esposto nella nota precedente la riduzione non è propriamente un atto di erede, ma l'esercizio di un'azione personale del riservatario, la quale però richiede la qualità di erede. Tale qualità è indipendente dalla volontà del donante; è una qualità relativamente a lui necessaria, che ne limita la disposizione a titolo gratuito, e da questa qualità necessaria per rispetto al defunto deriva l'azione di riduzione a favore del riservatario. Codest' azione non è nella successione, perchè nella successione non può esservi, che ciocchè apparteneva al defunto, ma è data per assicurare la successione nella persona chiamata dalla natura e dalla legge, ed alla quale il defunto deve di necessità trasferire una parte determinata della sua eredità.

Il traduttore

(1) Fenet, t. XII, p. 346.
(2) Su *Lebrun, success.* 2, 3. 1,
(3) T. IV, n. 592.
(4) T. V, n. 124.

di sorlechè perderebbe la riduzione, e non avrebbe i beni *ab intestato*.

Codesti timori potrebbero avere qualche fondamento nel sistema di coloro, che consigliano al figlio di rinunziare alla successione, e di limitarsi al suo dritto di figlio sulla riduzione, come d'Argout ed altri (1). Ma sono illusori nel sistema di coloro, che pensano, che il figlio non ha bisogno di prendere qualità; che neanche deve rinunziare, ma che gli basta di astenersi.

929. Abbiamo esaminato sotto i suoi differenti aspetti la quistione, se i creditori del defunto hanno un'azione per dimandare la riduzione, e se possono profittarne. È evidente, che la soluzione negativa data in ciò, che li concerne, s'applica con più forte ragione a'donatari e legatari gratificati dal defunto. Questi, padrone della sua fortuna, ha potuto disporne come lo ha voluto; non deve renderne conto a degli estranei ed i suoi atti di alienazione e di donazione reggono irrevocabilmente. Ai suoi ultimi donatarî ed ai suoi legatari ha dato soltanto quello, che aveva. Tanto peggio per loro, se non vi è nulla, o se vi è meno.

Ecco una specie interessante, nella quale questo principio, chiaro in sè stesso, trovasi mischiato con delle delicate complicazioni.

I coniugi Cassaigne si erano donati per contratto di matrimonio il godimento di una somma di 30, 000 franchi da prendersi sulla successione del premoriente.

La signora Cassaigne premorì, e lasciò un figlio; dippiù con un testamento lasciava al signor Devaux suo padre il terzo di tutti i suoi beni.

La successione della signora Cassaigne non era così considerevole, come le sue disposizioni sembravano di farlo credere, nè si elevava al di sopra di 30, 000 franchi. Sicchè la donazione consentita nel contratto di matrimonio si trovava ridotta all'usufrutto della metà della somma di 30, 000 franchi giusta l'articolo 1094 del Codice Napoleone.

Ma chi poteva profittare di questa riduzione? Forse il figlio solo, ovvero il signor Devaux, mettendosi in causa in presenza di questo figlio, il cui dritto non era contestato, poteva disporre le cose in maniera da profittare di questa riduzione?

La causa portata in prima istanza, vi fu risoluta nel modo, che segue;

La metà in usufrutto equivale ad un quarto in proprietà; ma da un'altra parte la madre ha potuto disporre della metà dei suoi beni, attesa l'esistenza di un figlio; ne segue, che il legato fatto a Devaux deve essere ridotto ad un quarto invece di restare al terzo di tutti i beni.

La Corte di Agen riformò questa decisione; partì dal punto, che i 30,000 franchi essendo il solo valore della successione, bisognava separarne la metà per formare la riserva del figlio; sull'altra metà l'arresto fa gravare le liberalità.

Ammettendo col primo Giudice, che la donazione contrattuale è ridotta all'usufrutto della metà giusta l'art. 1094 del Codice Napoleone (a), biasima poi la conversione di questa metà in un quarto in piena proprietà, conversione fatta dal Tribunale di prima istanza per dare effetto al legato di Devaux; dapoichè questo legato non poteva per nulla modificare la donazione fatta a Cassaigne, che gli era anteriore. La successione è scemata prima dalla riserva, che versa sulla metà in tutta proprietà, e poi dalla donazione contrattuale fatta a Cassaigne dell'usufrutto dell'altra metà; epperò il legato non può avere effetto, che per la nuda proprietà di quest'ultima metà.

Vi fu ricorso in cassazione, e con arresto dei 5 di aprile 1846 l'arresto di Agen è stato cassato (2). I motivi di tale annullamento si riducono a termini semplicissimi. La somma di 30,000 franchi era il solo valore, della successione. La signora Cassaigne aveva donato l'usufrutto di questa somma a suo marito col suo contratto di matrimonio, il perchè restava soltanto nella sua successione la nuda proprietà di questi 30mila franchi. Senza dubbio il figlio ha azione per dolersi di essere stata la riserva scemata; ma quale possa essere il regolamento di dritto tra l'erede riservatario ed il donatario contrattuale, che potrebbe restare a Devaux, fissando nel più alto grado la quota, che gli spetta? Il terzo da prendersi da questa nuda proprietà di 30, 000 franchi. Ora la Corte gli ha attribuito la nuda proprietà di questa somma. Essa ha dunque violato l'articolo 921 del Codice Napoleone (b) (3).

930. Da' creditori, donatari, e legatari del defunto passiamo agli aventi causa dal legittimario.

Abbiamo detto nel cominciare, che sono essi chiamati dal nostro articolo ad esercitare l'azione di riduzione. Nel dritto romano non era permesso a' creditori di farsi eredi in luogo del loro debitore, che rinunziava (4).

Ma il dritto francese non ha mai voluto la-

(1) *Sopra* n. 910.

(a) Questo articolo non è stato riprodotto dalle nostre Leggi civili. Per cui non esistendo figli di un primo matrimonio, un conjuge può donare all'altro quello, che potrebbe ad un estraneo. *Il traduttore.*

(2) Devill, 46, 1, 795, 796.

(b) Uniforme all'art. 838 delle Leggi civili. *Il traduttore*

(3) Ritorneremo su quest'arresto nel nostro commentario dell'articolo 1094.

(4) L. 28, D. *De verb. signif.* L. 6, §§ 2 e 4, D, *Quae. in fraudem.* Pothier, *Pand.* t. III, p. 192, n. 6.

sciare ad un erede il mezzo di frustrare i suoi creditori per mezzo di una rinunzia fatta in od o loro (1).

Di là la conseguenza, che quando un creditore accetta per un legittimario, la cui riserva non è intatta, ha il dritto di dimandare, che questa legittima sia completata con la riduzione de' legati e delle donazioni notate d' inofficiosità (2).

Si possono consultare gli articoli 788, e 1166 (a), che sono la sede della quistione, ed offrono la ragione di decidere (3). Si può aggiungere, essere i beni del debitore il pegno comune de' suoi creditori (4).

Lo stesso dritto appartiene agli eredi del legittimario ed a tutt'i suoi aventi causa.

931. Oggi è punto costante, che il figlio naturale ha una riserva sui beni del padre o dalla madre, che l'ha riconosciuto. Per profittare di questa riserva il figlio naturale può fare ridurre sia le donazioni tra vivi sia le donazioni testamentarie (5).

932. Ma questo dritto di riduzione si estende forse alle donazioni fatte dal padre o dalla madre prima del riconoscimento? La Corte di Rouen ha deciso la negativa con arresto de' 27 di gennaro 1844 (6). Essa non ha negato, che il dritto di riserva possa colpire le donazioni posteriori al riconoscimento, ma non ha voluto, che fosse lo stesso per le donazioni anteriori a questo riconoscimento. L'è sembrato, che bisognava rispettare i dritti acquistati, soprattutto quando de' figli legittimi se ne prevalgono contro di un figlio nato fuori del matrimonio.

Gravi considerazioni di morale militano in favore di questa decisione.

Il Codice Napoleone comunque sia al figlio naturale più favorevole dell'antica legislazione, nulladimeno non ha voluto trattarlo con le idee false e depravate della nostra prima rivoluzione, cha lo metteva sulla stessa linea del figlio legittimo. Sotto il Codice Napoleone il figlio naturale non è erede; ha un dritto su'beni, ma non un dritto ereditario (b). È un successore irregolare come lo Stato, e sembra, che non sia considerato come parente del defunto.

Movendo di là, può dirsi essere stato nel sistema del Codice Napoleone il voler dare al riconoscimento l'efficacia retroattiva, di cui gode la nascita legittima? Può dipendere dal padre di attentare con un fatto volontario a de' dritti irrevocabili?

Si obietta l'art. 757 (c), secondo il quale il figlio naturale ha un dritto, che non è, che una fraziona del dritto del figlio legittimo, e se ne conchiuda, dover essere la frazione del dritto della stessa natura dell'unità, della quale fa parte. Ma da che l'art. 757 ha fissata la quota del figlio naturale, prendendo per tipo quella del figlio legittimo, ne segue di avere dato all'esercizio di questo dritto gli stessi favori, gli stessi privilegi, gli stessi mezzi di efficacia della legittima? La natura delle cose non resiste ad una retroattività, ch'è stata unicamente stabilita per la legittima, e che qui si ritorcerebbe contra di essa?

Malgrado queste ragioni la Corte di Cassazione ha cassato l'arresto di Rouen con arresto de' 16 di giugno 1847 (7). Il testo, sul quale quest'arresto principalmente si fonda, è l' art. 757, cha mette nel dritto del figlio legittimo la base ed il tipo del dritto del figlio naturale; la ragione filosofica, alla quale si attiene, à, che il riconoscimento è l'adempimento di un dovere imperioso (8).

Tutto ciò è grave, nè si saprebbe disconvenirne. Tutto ciò concorda pure assai bene con la condiscendenza, che la giurisprudenza della Corte Suprema mostra pei figli naturali. Ma la sorte de' donatari diviene ben precaria, s' è abbandonata alla eventualità di una concorrenza non approvata da' costumi a dalla legge, e se delle false situazioni vengono a produrre gli effetti, che delle situazioni legittime hanno ottenuto solamente a causa del loro estremo favore.

933. Dopo di quello, che abbiamo detto del riconoscimento de' figli naturali, è chiaro, che la legittimazione e l'adonazione agiscono retroattivamente in favore del figlio in quanto alla riduzione della donazioni (9).

934. Ora bisogna vedere quali eccezioni d'irrecettibilità possono venire opposte al figlio, ch'esercita la sua azione di riduzione. Ve ne sono parecchie, che meritano di fissare la nostra attenzione. Dapprima può essere respinta, perchè è prematura; per esempio quando è esercitata prima dell' apertura della successione del disponante. I figli non potrebbero in vita del loro autore criticarne le liberalità, perchè ciò sarebbe contrario alla massima: *viventis nulla hereditas est* (10).

935. Tuttavia non è loro vietato d'intervenire per conservare, quando ve n'è bisogna, i loro dritti ulteriori (11). Il che si vede avvenire nel-

(1) V. *Consuetud. di Normandia*, art. 273. Merlin, Repert. v. *Erede*, 2, 2, 2, p. 651, e *Legittima* sez. 3, § 5, e sez. 7. § 3.
(2) Pothier, *Donat. tra vivi*, 3, 3. 7.
(a) Corrispondono agli articoli 705, e 1119 delle Leggi civili. *Il traduttore*
(3) Aggiungi Grenier, n. 593. Toullier, V, n. 120 ec.
(4) Art. 2093.
(5) *Sopra*. n. 773.
(6) Devill, 44. 2, 534.

(b) Abbiamo veduto nella nota alla pag. 266, che per le nostre leggi civili il figlio naturale è erede. *Il trad.*
(c) Corrisponde all' art. 674 delle Leg. civ. *Il trad.*
(7) Devill, 47, 1, 660.
(8) Saintespes-Lescot, I, II. n. 320, Duranton, V, 311 nota *Contra* Grenier, I IV, n. 665.
(9) Cass. 29 Giugno 1825 (Devill, 8, 1. 146).
(10) Riom 9, Agosto 1843 (Devill, 44, 2, 16) Furgole sull' art. 38 dell' ord. del 1731.
(11) Il mio comm. del *Contr. di matrim.* t. III, n.2221 e t, I, n. 131.

le discussioni, che troppo sovent'esistono tra' figli di un primo letto ed una seconda moglie vantaggiata dal marito nel suo contratto di matrimonio, e che agisce per la sua separazione di beni. I figli hanno senz'alcun dubbio il dritto d'intervenire nella liquidazione a fine di sorvegliarne le operazioni (1), ma non hanno il dritto di fare ridurre le donazioni fatte alla loro madrigna, sinchè il loro padre non è morto, sinchè la successione non è aperta. E per vero come eglino lo potrebbero, se la quota disponibile dipende dal numero de' figli del primo letto esistenti in tempo della morte del coniuge donante, i quali se non esistono più, non vi è luogo a riduzione?

936. In quel che concerne la rinunzia del figlio alla successione, si comprende facilmente dopo quello, che si è detto, quali sono i principi, mercè de' quali la quistione si risolve.

Nel dritto romano il figlio, che rinunziav'alla successione, non si presumeva di rinunziare alla sua legittima, perchè la legittima era legata alla qualità di figlio, e non per conseguenza a quello di erede (a). Furgole ha più volte insegnata questa verità con l'abbondanza di erudizione, che lo distingue (2). Adesso non è vero il dire, che la legittima non è attribuita, che alla qualità di fig'io. Ma senza ritornare qui su questa quistione, ci basta di avere provato, che l'azione di riduzione dipende dalla sola qualità di figlio, onde si sia indotto a dire come Furgole, che la rinunzia del figlio alla successione del suo autore non lo rende inammessibile a dimandare la riduzione.

Nondimeno questa soluzione non va del tutto sola. Si è veduto più sopra quello, che ne diceva il signor Malleville sollecitato dal sig. Real (3). Ed è certo, che il figlio che rinunziasse, si crederebbe degl'imbarazzi seri, perocchè i donatari potrebbero dirgli. Non siamo soggetti alla vostra azione, che in quanto la successione non ha potuto pagarvi la vostra legittima. Ma voi vi avete rinunziato, e con ciò non avete solamente rinunziato a' valori attuali, che possono essere nulli o insufficienti, ma anche n'valori, de' quali potrebbe più tardi arricchirsi, o che vi obbligherebbero a restituirci quello, che la riduzione ci avesse tolto. Per lo che le cose non sono intiere pel fatto vostro, e questo fatto si ritorce contro di voi; rendendovi irrecettibile D'altronde perchè rinunziare? Non vi bastava di astenervi? Chi veglierà dunque sull'eredità? Chi farà rientrare i valori ora ignoti, ma che più tardi potranno ritrovarsi?

Queste obbiezioni sono gravi, e sono di natura da imbarazzare il legittimario, che così si sarebbe messo al di fuori della successione con una inutile rinunzia.

Nulladimeno non lo credo di una forza invincibile in tutt'i casi: e forse si potrebbe salvare il legittimario per mezzo di cauzioni, che si riscuoterebbero da lui per salvaguardia degl'interessi del donatario, verificandosi il caso.

937. È possibile, che il legittimario, rinunzî all'azione di riduzione in un modo diretto.

Per esempio se esegue la donazioni con cognizione di causa dopo la morte del disponente; se nelle stesse circostanze rilascia i legati (4); ma i fatti e l'intenzione hanno in questa sorte di quistioni una grande influenza (5).

938. A questo proposito si domanda, se la ricezione di un legato esclude il riservatario del dritto di ottenere la riduzione?

Nel dritto romano, ove l'erede testamentario era impossessato della successione, questo caso si presentava sovente. La giurisprudenza subì, molti cambiamenti. E dapprima quando la querela d'inofficiosità sussistev'ancora, ed offriva a'figli diredati un rimedio contra l'oblio del padre, era di regola, che la ricezione del legato contenuto nel testamento inofficioso, doveva essere considerata come una tacita approvazione del giudizio del defunto, e per conseguenza come una rinunzia alla querela (6).

Ma i regolamenti, che Giustiniano fece sulla legittima, produssero un cambiamento in questa giurisprudenza. La legge 35, §. *Generaliter*, *C. De inoff. testamento* decise, che il legittimario non doveva esser escluso dalla dimanda di supplimento per la sola ragione di avere ricevuto il legato lasciatogli, a menochè non avesse espressamente pattuito con gli eredi testamentari, che non dimanderebbe nulla al di là (7).

Questa legge era universalmente adottata in Francia ne' paesi di dritto scritto ed anche nei paesi di consuetudine (8). Il Presidente Fabro (9) autorizza con un arresto del Senato di Savoja l'opinione, che il figlio il quale accetta l'instituzione, che suo padre ha fatto della sua persona sotto l'espressa condizione di non potere detrarre la legittima dalle disposizioni particolari, di cui lo grava, non è escluso per quest'accettazione pura e semplice dal supplemento o dalla restituzione della legittima; e questa decisione è adottata da Ricard (10).

È chiaro, che nella giurisprudenza attuale la legge 35, §. 2.°, C., *De inoff. test.* dev'es-

(1) Cass., 27 marzo 1822 (Devill., 7, 1, 44). Riom, loc. cit.

(a) Il testo dice — « e per conseguenza a quella di « erede » — ma pare che sia un errore tipografico, per lo quale sia stata omessa la particella negativa

Il traduttore.

(2) Cap 10, sez. 2ª, n. 39 e seg.

(3) N. 918.

(4) Argomento dell' art. 1340.

(5) Il sig. Toullier è troppo assoluto, V, 162.

(6) Pothier, Pand., t. 1, p. 196, n 45, ove fa vedere la legge 5 D., *Quae ut indignis*. Ricard, part. 3, n. 989.

(7) Pothier loc. cit. t. 1, p. 192, n. 22.

(8) Ricard, part. 3, n. 989, 990. Merlin, Repert. v. *Legittima*, p. 46. Contra Loual, lettere L. somm 6.

(9) Codice, *De inoff. testam*, defin. 10.

(10) Pag. 3, n. 991.

ser seguita. Dapoichè la riserva essendo un dritto così sacro come la legittima, sarebbe in pari tempo ingiusto ed odioso di fondare su delle congetture la privazione di un privilegio accordato dalla natura.

Per verità il caso non può presentarsi, che raramente sotto del Codice Napoleone, che deferisce il possesso di tutt'i beni agli eredi, a cui favore la riserva è stabilita. Nulladimeno non è impossibile, che si presenti. Così per esempio un padre, che ha maritato sua figlia, le lascia nel testamento una somma da tenerle luogo di dote. I di lei fratelli s'impadroniscono della successione, e le pagano la somma contenuta nel testamento. Se più tardi conosce essere la sua dote inferiore alla sua quota della riserva, si crede forse, ch'ella non potrà agire pel dippiù contra de' suoi fratelli, che avrebbero profittato della di lei quota per dritto di accrescimento, come se ella avesse rinunziato? È cento volte evidente, che lo potrebbe salvo a conferire il suo legato pagato o a contentarsi di ciò, che sarà necessario per eguagliare la sua quota.

Supponiamo ora, che il riservatario istituito in un legato insufficiente, abbia lasciato, che un legatario universale s'impadronisse de' beni della successione, ed abbia ricevuto da lui questo legato. Diremo, che all'infuori di una rinunzia certa, potrà agire contra questo legatario universale per la riduzione del legato, e che non gli si potrà opporre veruna presunzione di rinunzia tacita.

939. Si può andare più lontano, e dimandare, se il riservatario non può relativamente ad un legatario universale cumulare le qualità di riservatario e di legatario. Se per esempio essendo fatto un legato all'erede della porzione indisponibile, il legatario universale potrà esigere, che imputi questo legato nella riserva, ovvero se l'erede riservatario può oltre il legato pretendere la riserva. Ma questa quistione sarà meglio piazzata nel commentario dell'art. 922 (1).

940. L'erede, che si è messo in possesso dei beni del defunto senza farne l'inventario, può dopo istituire l'azione di riduzione per ottenere la sua riserva?

La ragione di dubitare si è, che impadronendosi de' beni senza inventario, l'abile a succedere si è messo fuori stato di potere documentare il valore de' beni esistenti in tempo della morte del defunto; che si è reso erede puro e semplice; che con quest'accettazione è obbligato di soddisfare tutt'i pesi della successione, vale a dire i debiti ed i legati, e che n'è tenuto *ultra vires hereditatis* così su' beni personali come su quelli della successione.

Nonostante queste ragioni molti eccellenti autori insegnavano altra volta (2), che l'erede poteva anche in questo caso dimandare la legittima; e che in mancanza d'inventario i legatari, che ricusano di stare alla sua dichiarazione, possono provare le forze della successione per pubblica voce e fama. La quale opinione si fondava su che la privazione della legittima è una pena, che non è pronunziata in Francia da veruna legge.

Nulladimeno l'opinione contraria si trova insegnata negli arresti di Lamoignon (3) in Chabrol (4) ed in Brodeau (5).

Però essa non dev'essere seguita (6). Ed in effetti se la legge esige, che ogni erede senza distinzione accetti sotto beneficio d'inventario per dispensarsi dal pagare i debiti del defunto al di là delle forze dell'eredità, non esige, che il riservatario prenda la stessa precauzione per essere autorizzato a fare ridurre le donazioni ed i legati. I legittimari agiscono *de damno vitando* contra delle persone, che disputano *de lucro captando*. E sarebbe stato rigoroso di farli soccombere nel loro dritto per l'omessione di una formalità, che in diffinitivo può essere rimpiazzata da altre pruove: la legge non l'ha voluto. D'altronde i legatari ed i donatari avevano il dritto di richiedere l'apposizione de' suggelli e l'inventario de' mobili della successione (7). Però se il legittimario avesse commesso delle sottrazioni e delle dissimulazioni per fare torto a' donatari, sarebbe irrecettibile (8) (a).

941. L'esercizio dell'azione di riduzione o di petizione di riserva si estingue con la prescrizione.

Altra volta erasi agitata la quistione, se la legittima era prescrittibile, e taluni autori avevano insegnato la negativa. Ma questa opinione non era sostenibile, per lo che non ebbe credito per lungo tempo.

L'azione di riduzione si prescrive col tempo richiesto per le prescrizioni ordinarie.

Quando vi è necessaria la buona fede, bisogna distinguere tra' donatari o legatari sui quali pesa la riduzione, ed i terzi acquirenti da costoro.

Ed in effetti i primi conoscono, che il loro titolo li sottopone alla riduzione, se vi ha luogo; essi sono personalmente obbligati a questa riduzione, sinchè sono detentori de' beni donati, poichè l'azione di petizione di riduzione è un'a-

(1) Infra n. 990.
(2) Ricard, p. 3, n. 993. Pothier, *Donaz. tra vivi* art. 5, § 7 Lebrun III, 4, 73 e seg. Merlin, Repert., v. *Legittima* 5, § 5.
(3) Tit. 50 *Della legittima*.
(4) *Su Auvergne* ch. 12, art. 41, quest. 8, t. 2, p. 27.
(5) *Su Louet*, lettera L. somm. 7.
(6) Toullier, 5, 166. Grenier, t. IV, n. 591.
(7) Bourges 11 dicembre 1821 (Devill., 6. 2, 497). Parigi 11 febb. 1825 (Devill., 8, 2, 26).
(8) Cass. 16 genn. 1821 (Devill., 6, 1, 366).
(a) Abbiamo già detto nella nota alla pagina 321 che l'articolo 722 delle nostre Leggi civ. impone al riservatario l'obbligazione di fare l'inventario sotto pena di perdere il diritto di detrarre la legittima.
Il traduttore.

ziona personale *in rem scripta*. Sì che non possono invocare la loro buona fede, d'onde segue, che non possono prescrivere contro il riservatario, che con trent'anni (1).

Ma non è lo stesso relativamente a' terzi detentori, eglino ignorano l'obbligazione, alla quale li sottopongono i beni della successione, e la loro buona fede li mette al coperto, per lo che prescrivono contro i legittimari con dieci anni tra' presenti e venti tra gli assenti (2), quando hanno titolo e buona fede (a).

942. La prescrizione comincia a decorrere dal giorno della morte del disponente, poichè da quest'epoca nasce il diritto del riservatario. L'art. 38 dell'ordinanza del 1731 ne conteneva la disposizione espressa (3). Prima i figli non hanno nè dritto nè azione. *Viventis nulla est hereditas* (4).

Articolo 922 (839).

La riduzione si determina formando una massa di tutt'i beni esistenti in morte del donante o del testatore. Vi si riuniscono fittiziamente quelli, di cui si è disposto per donazioni tra vivi secondo il loro stato all'epoca delle donazioni ed il loro valore in tempo della morte del donante. Si calcola sopra tutti questi beni, dopo di esserne dedotti i debiti, qual'è, avuto riguardo alla qualità degli eredi, che lascia, la quota, di cui ha potuto disporre (b).

SOMMARIO

(1) Art. 2262, C. Nap. Merlin.
(2) Merlin, *loc. cit.*
(a) Ma se nell' enunciativa del titolo di acquisto si facesse menzione della pervenienza del fondo a titolo di donazione, di talchè non potesse dubitarsi, che l'acquirente ha conosciuta la donazione, per la quale il fondo venduto era pervenuto al venditore, in tal caso il terzo possessore non può dirsi in buona fede. E difatti egli trovasi nell' identica circostanza del donatario, il quale per la sola natura del suo titolo non può ignorare, poter essere il fondo donato soggetto a riduzione. Ammessa la cognizione del fatto, la causa dell' evizione procede dalla disposizione del dritto, che si presume noto a tutti, e l' acquirente, che ha scientemente comprato un fondo donato, non può dire di avere ignorato una causa, giuridicamente ed essenzialmente inerente nella donazione, per la quale il fondo acquistato poteva esser evitto.

Il traduttore.

(3) Furgole su quest' articolo.
(4) Sopra n. 934.
(b) A quest' articolo corrisponde esattamente l' art. 839 delle leggi Civ.

Il traduttore.

COMMENTARIO

943. La quota, della quale è permesso ad una persona di disporre, è sempre correlativa alla somma de' beni, che lascia alla sua morte. Per lo che bisogna riportarsi al momento della morte per calcolare la somma della sua fortuna e l'importanza della porzione disponibile. Il movimento della ricchezza di un padre di famiglia può essere variabilissimo. Ha potuto passare dalla povertà all'opulenza o dall'opulenza ad una posizione mediocre. Però queste variazioni si arrestano nel giorno supremo, in cui cessa di vivere. Secondo la massima *il morto impossessa il vivo* i suoi eredi prendono i suoi beni nell'estensione, che ad essi aveva dato durante la sua vita, profittando degli aumenti dovuti alla sua industria o a' suoi risparmî, supportando le perdite, i debiti, le vendite, le dissipazioni ancora, che hanno avuto luogo, mentre egli era investito del suo dritto di proprietario. Il dritto di proprietà ha per conseguenza di usare o di abusare. Tanto meglio per gli eredi, se il loro autore ha usato da padre di famiglia diligente; tanto peggio per essi, se si è impoverito con una cattiva gestione. Tutti gli atti di commercio, che ha fatto co' terzi, le vendite, le ipoteche, i debiti sono obbligatorii relativamente ai suoi eredi, che lo continuano (1). Il riposo delle famiglie e la sicurezza del credito dipendono da questa condizione.

944 Nondimeno bisogna eccettuare le sue liberalità. Se le liberalità dovessero essere rispettate come le alienazioni a titolo oneroso, niente sarebbe più facile, che di sfuggire alle sagge disposizioni della legge sulla riserva. Epperò le liberalità sono un elemento che dev' essere aggiunto alla massa de' beni esistenti per calcolare la riserva, ed in seguito la porzione disponibile. Le donazioni sono sempre presunte fatte salva la riserva, senza di che sarebbero inofficiose, e non si presume, che il disponente abbia avuto de' pensieri di spogliazione relativamente a' suoi.

Ecco dunque l'idea fondamentale in questa materia: massa di tutt'i beni esistenti; riunione fittizia di tutti i beni donati.

945. Diciamo con l'art. 922, che questa riunione è fittizia, e la ragione n' è semplice. Il donatario ha un titolo, che dev'essere rispettato, finchè non è provato, che il donante ha ecceduto il suo dritto. Anche quando la donazione fosse esagerata, essa è semplicemente riducibile; resta intatta pel dippiù, ed il donatario resta proprietario incommutabile; per lo che la riunione si fà soltanto fittiziamente. Non si spossessa il donatario, non si fa realmente rientrare l'immobile nella massa, cancellando il dritto del donatario, ma vi sarà luogo di ricorrere a questa estremità, solamente quando per un avvenimento, che ancora s'ignora, la donazione per intiera è colpita d'inofficiosità.

Prima di andare più lungi bisogna, che facciamo un' osservazione. Se il nostro articolo fosse preso alla lettera, si potrebbe credere, che non si debbono dedurre i debiti, che quando si è fatta la riunione fittizia dei beni donati ai beni esistenti. Però sarebbe questo un errore fondamentale; lo spirito dell' articolo 922 e

(1) Furgole sull' art. 34 dell' ordin. 1731.

tutto l'insieme del Codice Napoleone lo condannano. Ed in effetti che cosa si farebbe, se si calcolassero i debiti sulla massa dei beni esistenti e dei beni riuniti fittiziamente? Si farebbero sopportare i debiti dai beni donati precedentemente. Ma l'articolo 921 vi si oppone di una invincibile maniera I creditori del defunto non hanno veruna azione sui beni usciti dalle mani del loro debitore primachè non abbia con loro contrattato (a).

Epperò in verità si è che per operare regolarmente bisogna detrarre i debiti dai beni esistenti, perchè sono i soli, che vi sono obbligati. I beni donati non si riuniscono fittiziamente, se non quando la deduzione dei debiti è stata fatta.

Si comprende la differenza.

Ecco un attivo di 100, 000 franchi, un passivo di 180, 000 franchi, una donazione di 50, 000 franchi. Riunite l'attivo e la donazione, ne seguirà, che non altro vi sarà nell'eredità, che 30, 000 franchi di debiti, e la riserva si troverà ridotta a nulla.

Al contrario comincinte dal dedurre i debiti dai 100, 000 franchi: che cosa avverrà? Che il deficit di 80m la franchi resterà a carico dei creditori, e sarà tanto peggio per loro, poichè hanno dovuto sapere quali erano le forze del pegno del loro debitore, e che i 50,000 franchi donati, usciti dalle sue mani, primachè divenissero creditori, non hanno potuto mai vedersi da loro come garantia.

Poi si farà la riunione fittizia dei 50, 000 franchi donati,sui i quali i creditori non hanno dritto. La riserva si calcola e si prenderà su questi 50, 000 franchi; e se i figli non hanno assunta una qualità compromettente, i creditori non potranno inquietarli (1).

Del resto tale è il sentimento universale (2).

947. Ciò spiegato, arriviamo ai dettagli, che mettono in luce il nostro articolo.

La massa non si compone solamente degl'immobili,ma comprende tutti i valori di qualunque natura, mobili od immobili, i crediti, il denaro prestato a dei terzi,o anche ai coeredi, che debbono farne la collazione (3), come ancora il credito di una casa di commercio, una carica,in una parola tutto ciò,che è emolumento,tutto ciò, che costituisce un attivo.Non bisogna neppure eccettuare i beni sottoposti ad un evizione eventuale, quando per la lontananza di questa evizione rappresentano nella successione un valore attivo qualunque. Nè sarebbe altrimenti, se non quando la cosa dovesse uscire immediatamente dalla successione, dapoichè questa circostanza le torrebbe ogni valore. In una parola niente deve essere omesso di quel, che accresce l'importanza della successione (4).

948. Siccome non si calcola, che sulla massa utile dei beni, o come dice Ulpiano, *ex eo quod refici ex haereditate potest* (5), i cattivi crediti sono rigettati (6). Quelli, che sono dubbi, sono ordinariamente messi da parte, e riserbati, salvo a regolarne la ripartizione in caso di non sperato ricuperamento ulteriore (7). Nulladimeno il donatario minacciato di riduzione potrebbe esigere, che questi crediti, si computassero, dando cauzione del pagamento (8), la quale obbligazione non assumerà di certo, se non nel caso, in cui ai suoi occhi il credito è migliore di quello, che si pensa.

949. Ma si presenta un caso singolare, quando il debitore insolvibile riceve la sua liberazione dal disponente. Questo debitore è riputato solvibile in ciò, che lo concerne, poichè si presume di fare il pagamento a sè stesso. *Quod ad se attinet, dives est*, dice Ulpino (9). Epperò sembra, che questo credito debba entrare nella massa; e ciò decide espressamente il Giureconsulto Paolo nella legge 22 §. 3, D., *Ad leg. falcid.* « *Si debitori liberatio legata sit, quamvis solvendo non sit, totum legatum computetur.* »

Per esempio:

90, 000 franchi di beni esistenti;

10, 000 franchi dovuti da Pietro insolvibile, ma gratificato di una liberazione.

40, 000 franchi di legati.

Il padre lascia un figlio: la sua legittima è di 50, 000 franchi,perchè la massa è di 100,000 franchi, compresivi i 10, 000 franchi legati a Pietro sotto forma di liberazione. Il figlio prenderà questi 50, 000 franchi, ed il rimanente servirà per pagare gl'intieri legati. Se si escludessero i 10, 000 franchi, perchè Pietro è insolvibile, si calcolerebbe su di false basi, e si perverebbe ad un'inesatto risultamento; si obblierebbe, che Pietro non è solamente un debitore, ma ancora un legatario; e si diminuirebbe la legittima, che non sarebbe, che di 45,000 franchi invece di 50, 000.

Per lo che bisogna decidere con Paolo, che il legato di liberazione ha per effetto di fare

(a) I creditori non hanno alcun dritto neppure su' beni usciti dalle mani del loro debitore dopochè hanno contrattato con lui, a menochè non vi abbiano acquistato un dritto reale. *Il traduttore.*

(1) V. su di ciò il commentario dell'art. 921.

(2) Grenier, n. 618. Merlin, Repert., v. Riserva, 3, 1, 6. — Toullier 3, 144 — Zachariae t. V p. 152—Duranton, t. VIII, n. 343, Dalloz, t. V, p. 448, Lescot. t. II, n. 469, n. 27. Metz, 13 luglio 1853 (Devill. 35, 2, 217).

(3) Parigi 27 luglio 1850 (4.ª cam., Gazzetta dei Trib. 2 e 3 settembre 1850).

(4) Pothier (*Ad Pand.*) *Ad legem falcidiam* t. II, p. 504, n. 20.

(5) L. 82, D., *Ad leg. falcid.*

(6) Paolo l. 63. § 1, D., *Ad leg falcid.*

(7) Domat, 2, 4, 3, 1, n. 13. Cajo t. 73, § 1, D, *Ad leg falcid.* Bayle Mouillard, t. IV, n. 630.

(8) Duranton, t. VIII, n. 332.

(9) L. 82, D., *Ad leg falcid.*

conteggiare il credito dovuto dal debitore insolvibile (1).

950. Ma ciò diviene di un' assai delicata applicazione, quando la liberazione fatta eccede le forze della porzione disponibile.

Per esempio:

Il defunto lascia in natura 40mila franchi, pagati tutti i debiti. Egli credeva di avere una fortuna molto più considerevole, ma i suoi beni hanno perduto molto del loro valore per le crisi politiche. Valevano una volta 150, 000 franchi; il deprezzamento delle terre, delle azioni ecc. ecc. ecc. li ha ridotti a 40,000 fr., questi . . . . 40,000 fr.,

Credito dovuto da Pietro insolvibile ed a lui legato . . . . 20,000 fr.,

Altro legato . . . . 20,000 fr.,

Il disponente lascia un figlio suo unico erede.

Contando i 20,000 franchi dati a Pietro sotto forma di liberazione, la massa totale si eleva a 60, 000 franchi; la riserva è dunque di 30, 000 franchi, e l' ammontare dei legati elevandosi a 40, 000 franchi, eccede il disponibile di 10, 000 franchi.

Bisogna ridurli, e detrarre 5000 franchi sul legato di Pietro, e 5000 franchi sull' altro legato: per lo che la liberazione varrà per 15, 000 franchi.

Ma se non vale che per 15, 000 franchi; siccome Pietro è insolvibile, siccome è nella impossibilità di pagare li rimanenti 5000 franchi, e che questo è un valore perduto, così bisognerà dedurli dalla massa per il principio, che questa massa deve unicamente comporsi di quello, che è utile: « *Ex eo quod refici ex hereditate potest* ». La massa sarà dunque di 55, 000 franchi e non di 60, 000, e la riserva discenderà a 27, 500 franchi invece di essere di 30, 000 franchi (2).

Forse si potrà essere sorpreso, che giusta quanto si è detto, si riforma due volte la massa. Ma questa anomalia è impossibile di evitarsi perchè deriva dalla singolare posizione del debitore, che non si presume solvibile, se non sino alla concorrenza di quel, che compensa, e che resta insolvibile per quello, che non compensa. Sì che è indispensabile di fare variare la soluzione secondo l' importanza di quello, che estingue la compensazione.

Del resto è questo il procedimento di Ulpiano nel testo, che citiamo, e che malgrado qualche differenza di circostanza, è una sicura guida per la nostra difficoltà (3).

Una persona, che aveva per unico patrimonio un credito di 4000 franchi, lega al suo debitore la sua liberazione, ed a Sejo 4, 000 franchi; si domanda, che cosa l' uno e l' altro dovranno avere in virtù della legge falcidia? Facciamo due casi. O il debitore è insolvibile, o egli non può pagare, che, per esempio, 1,000 franchi. Ecco la mia soluzione: Per regola la applicazione della falcidia si fa sulla massa utile dei beni: se ne dà il quarto all' erede; i rimanenti tre quarti si dividono tra i legatari. Per lo che quando vi è nell'eredità un debitore, che non è del tutto solvibile, si fa la distribuzione in proporzione di ciò, che è stato ricuperato: si vende il resto, e si computa il prodotto della vendita nel'a massa dei beni. Ma quando il testatore ha legato ad un debitore quello, che deve, allora questo debitore è considerato solvibile relativamente a lui stesso, « *ipse sibi solvendo videtur : et quod ad se attinet, dives est* (4) » e nella nostra specie sarà considerato di avere profittato di 4000 franchi, comunque non possa pagar nulla. Il perchè per la legge falcidia gli si detrarrà il quarto del suo legato, vale a dire 1, 000 franchi, e sarà liberato per 3, 000 franchi. Ma i 1, 000 franchi, che formano la quarta falcidia saranno considerati, come tuttavia dovuti da lui.

Risulta da questi principi, che l'effetto della liberazione legata è sospeso; dapoichè se nel momento de'la morte si trovano gl'intieri 4,000 franchi nei beni del'a successione, la liberazione non varrà, che per 3, 000 franchi a causa della ritenuta della quarta. Se al contrario si trova nell' eredità di che fare una quarta allo erede, la liberazione varrà per 4, 000 franchi.

Che se il debitore di 4, 000 franchi non può pagarne, che 1, 000 siccome è considerato solvibile per lui, dovrà pagare 1, 000 franchi a'la successione. Quanto agli altri 3, 000 franchi sarà considerato di averli pagati a sè stesso; d' onde segue, che se essendovi un erede istituito, il testatore lega al suo debitore la liberazione di 4. 000 franchi, ed a Sejo anche 4000 franchi arriverà questo: Il debitore è solvibile? Riterrà 1, 500 franchi per lui: darà 1500 franchi al legatario Sejo, e pagherà 1000 franchi all' erede. Ovvero non può egli pagare che 1, 000 franchi? Bisognerà fare, (notate bene questo) una quarta all' erede di quello, che si potrà ritirare dal debito, *heredi ex refecto quarta servanda est.* Quindi i 1, 000 franchi ricuperati si divideranno in quattro parti, tre pei legatari ed una per l'erede. Il debitore compenserà con sè stesso 1,500 franchi; gli altri 1500 franchi saranno venduti, e verranno considerati come aver' essi soli composti i beni. Che se il debitore non può assolutamente pagare nulla dei ducati 4, 000, sarà liberato per 1, 500 franchi, e si venderà il resto per quello, che si potrà, vale a dire per nulla.

Segue da ciò, che la massa si aumenta solo per memoria di ciò, che può pagare al di so-

(1) Delvincourt, t. II, p. 67, Durantoa, t. VIII, n. 332. Bayle-Mouillard, t. IV, n. 602, nota.

(2) Delvincourt, *loc. cit.* Bayle-Mouillard, *loc. cit.* Lescot, t. II, n. 462.

(3) L. 82, D., *Ad leg. falcid.*

(4) Id.

Digitized by Google

pra della compensazione: che deve portarsi in conto un zero, e che per conseguenza la legittima non ha da profittare di questa cifra insignificante, che ha della realtà solamente alla superficie, e che non ne ha nel fondo.

951. I crediti sottoposti ad una condizione nel momento della morte, hanno nella massa un posto incontestabile. Si provvede all'eventualità, sia vendendo il credito (1), sia con l'interposizione di cauzione (2).

952. Secondo l'articolo 747 del Codice Napoleone (a) l'ascendente, che ha donato un bene ad uno dei suoi discendenti, può riprendere questo bene, quando il discendente è morto senza posterità, e la cosa si ritrova in natura; che se essa è stata alienata, l'ascendente raccoglie il prezzo, che può essere dovuto, o l'azione di ricuperamento.

Si dimanda, se la cosa così colpita da un dritto di ritorno, deve essere compresa nella massa della successione del figlio premorto, ovvero se ritorna invece verso la sua sorgente senza confondersi nella successione.

Bisogna distinguere due casi:

O l'ascendente donante non è riservatario, ed allora la cosa donata si distacca dalla massa, e la riserva si calcola sugli altri beni, non compreso quello (3).

Ovvero egli è riservatario, ed allora gli autori si dividono sulla nostra quistione. Per farla comprendere meglio stabiliamo una ipotesi:

Pietro muore lasciando 100,000 franchi.

Lascia suo padre e sua madre; suo padre gli ha donato 50,000 franchi. Come si procederà nella liquidazione della riserva? Il padre comincerà dal prelevare i 50,000 franchi da lui donati, e verrà poi a prendere la sua riserva sui residuali 50,000 franchi?

Ovvero bisognerà fare una confusione di tutti i beni senza distinzione di origine, e calcolare la sua riserva su questa massa, che nella specie sarebbe di 100 000 franchi?

Il primo partito è il solo, che si possa adottare. Il padre succede nell'oggetto donato per una chiamata tutta speciale e tutta personale e per esclusione di ogni altro. Questa non è una successione ordinaria, ma una successione anomala; il padre riprende la cosa per effetto di una riversione, che non ha nulla di comune col titolo, in virtù del quale si presenta quindi come erede. Epperò non deve imputare quello, che così ritira sulla sua parte ereditaria, nella successione di suo figlio; senza di che avverrebbe, che sarebbe soddisfatto della sua riserva in questa successione con una cosa, che gli appartiene in virtù di un dritto particolare e distinto (4).

953. Quello, che abbiamo detto del padre, l'estendiamo al caso, nel quale un adottante riprende nella successione dell'adottato o de'suoi discendenti morti senza posterità le cose, che aveva donato (5), ovvero al caso, in cui i figli dell'adottante riprendono nella successione dell'adottato morto senza figli le cose donate dall'adottante (6).

954. I frutti pendenti dalle radici sono una porzione della cosa, e la rendono più preziosa (7); quindi si riuniscono alla massa. Quanto a' frutti nati dopo appartengono all' erede, perchè non sono un elemento dell'eredità nel giorno della morte.

955. Quando si è formata la totalità della massa de' beni esistenti senza nulla obliare di ciò, che ha un valore apprezzabile, se ne fa la valutazione avendo riguardo al giorno della morte (8). Quest' estimazione dev' essere seria, sincera, reale. Se sono delle rendite sullo Stato, delle azioni negoziabili nella Borsa, si prende il corso nel momento della morte (9).

L'estimazione non potrebb'essere quella di un prezzo di affezione, ma deve darsi alle cose il valore reale, ch' esse hanno per tutti generalmente (10).

956. La mass'attiva essendo formata, si pongono in rilievo i debiti, che la diminuiscono, e formano la massa passiva. Non passeremo a rassegna le cause de' debiti, che possono gravare una successione, e ce ne riportiamo su di ciò alle notizie generali.

Ci limiteremo però ad una sola osservazione.

957. Abbiamo detto più volte; che la riserva de' figli naturali è un debito del padre, che li ha riconosciuti. Ma questo debito, quantunque naturale e sacro, non può pregiudicare a' dritti de'creditori convenzionali del defunto (11), perchè il defunto aveva la libera disposizione dei suoi beni per gli atti di commercio; e se i suoi figli legittimi vengono dopo de' creditori, con quanta maggiore ragione i figli nati fuori di matrimonio? Adunque la riserva de'figli naturali è pagabile, *deducto aere alieno et funeris impensa*; non può prendersi, che sul patrimonio del defunto sbarazzato del suo passivo. Si può dire, che relativamente a' creditori il figlio naturale è quasi un debitore, poichè nulla può

(1) Cajo, l. 73, § 1, D., *Ad leg. falcid.*
(2) Id.
(a) 670 delle Leggi civili. *Il traduttore.*
(3) Sciabot su 747, n.17, Duranton, t. VI, n.229, Dalloz, t. XII, p. 292, n. 12. Coin-Delisle sopra 922, n. 4. Lescot, t. II, n. 437.
(4) Grenier t. IV, n.598 Baylo-Mouillard, nota. Coin-Delisle, su 922, n.i 6 ed 8. Lescot, t. II, n. 438. *Contra.* Delvincourt, t. II, p. 19, n. 3. Duranton, t. VI, n. 228.
(5) Art. 351, 352, Cod. Nap.
(6) Art. 351.
(7) L. 9, D., *Ad leg falcid.* L. 44, D., *De rei vindicat.* Voet (*Ad Pand.*) *Ad leg. falcid.*, n. 27.
(8) Voet *Ad leg falcid.*, n. 26: « *Mortis tempore spectatur* » V. l. 73 D, *Ad leg. falcid.*. e Giustiniano, Instit., *Ad leg. falcid.*, § 2, L. 6, C, *De inoff. test.*
(9) Bordeaux, 12 marzo 1834 (Dalloz, 34, 2, 185) Aix, 30 aprile 1833 (Dalloz, 39, 2, 228) Devill., 33, 1, 342.
(10) Voet, *loc. cit.*
(11) *Sopra* n. 943.

Digitized by Google

prelevare, se non su' beni (a); e solamente in rapporto agli altri figli ed agli eredi istituiti egli è in qualche modo creditore per la sua querla.

958. Dedott'i debiti resta da conferirsi ella massa le donazioni provvenienti dal defunto.

Veruna donazione può essere eccettuata.

Così si conferiscono le doti costituite dal defunto. Questo punto era stato per lo passato contradetto, e si poteva dire contra la riunione fittizia, che i beni costituiti in dote sono meno dati a titolo lucrativo, che a titolo oneroso, poichè hanno per obietto di sostenere i pesi del matrimonio. Ma questa ragione non è solida. La costituzione di dote, relativemente a chi la riceve, è une vera liberalità, un'anticipazione di successione, soggett'a collazione. Nè il merito la riceve, che sotto di questa implicita condizione; egli ha conosciuto, che se per la eventualità si trovasse eccessiva, sarebbe esposto ad una riduzione, necessaria per serbare l'eguaglianza tra' figli (1).

959. Le donazioni reciproche non sono neppure eccettuate dalla riunione fittizia (2). Sono queste delle vere donazioni, e comunque a causa della reciprocanza si sia tentato di gettarle nelle classe de'contratti *do ut des* (3), è certo, che dopo l'Ordinanza del 1731 (4) sono trattate nel dritto come vere liberalità, il che formalmente risulta dall'art. 960 del Codice Napoleone (b). Forse non vi domina il carattere di liberalità? Forse non se ne falsificherebbe il carattere, e non si torrebbe loro quello, che hanno di onorevole, se se ne facesse una speculazione, un calcolo d'interesse, come se si trattasse di una vendita o di una permuta.

960. Relativamente alle donazioni rimuneratorie esse non sono eccettuate dalle riduzione, che in quanto hanno veramente il carattere di pagamento di servigi valutabili, e che vi è presso a poco uguaglianza tra l'officio renduto e la ricompensa. Ma non è lo stesso, o quando la rimunerazione eccede il debito, o quando i servigi non sono di quelli suscettibili di essere pagati; perocchè allora vi è donazione sia per l'eccedente, sia pel tutto. Del resto si scorge, che questa quistione dipende molto dalle circostanze, e per precisare sempreppiù le idee bisognerà ricorrere a quello, che diremo *infra* sul commentario dell'articolo 931.

961. S'incontrano molto frequentemente delle difficoltà per caratterizzare i rapporti degli effari, che un padre ha avuto con uno de' suoi figli, nel di cui commercio ha messo de' fondi. Sovente il padre he voluto impiegare del denaro ad interesse per suo proprio utile nella casa di suo figlio; e quando è così il figlio non è donaterio, ma mutuatario e debitore (5).

Sovente ancora il padre ha voluto fare a suo figlio una donazione per ajutarlo nelle sue prime operazioni con un'anticipazione di successione, ed allora il figlio dev'essere trattato come donaterio (6).

Si vede a quali colori, assai dubbi nel fatto, bisogn'avere riguardo per decidere simili quistioni. Le circostanze della causa, le carte di famiglia, le scritture del padre ecc. debbono essere accuratamente consultate per non confondere delle situazioni differentissime, e le cui conseguenze sono così opposte.

962. Questa distinzione ha soprattutto una grande importanza nel caso, in cui il figlio è fallito, e che ha fatto un accordo co'suoi creditori. Dev'egli conferire alla successione il credito. com'è stato ridotto dal concordato? Oppure deve conferirlo nella totalità?

Se il figlio non è altro, che un mutuatario, deve alla successione il credito ridotto. Il padre è sottoposto alla legge comune degli altri creditori, legge, per la quale il figlio è stato liberato pel dippiù (Art. 518 Codice di Commercio (c)) (7). Ora dopo la morte del padre gli altri figli suoi eredi sono legati dal contratto, e nella successione non vi è, che la dividenda, nella stessa guisa come se il prestito fosse stato fatto ad un estraneo. Nè le condiziono del debitore potrebbe cambiare, essendo un figlio, dapoichè nella qualità di debitore, si presenta col beneficio di un concordato, che regola quello, che deve.

963. Avviene eltrimenti s'è una donezione fatta al figlio; perocchè la fallita ed il concordato non gl'impediscono di conferire alla successione quello, che ha rirevuto (8). Che cosa è il concordato? Una transezione tra' creditori ed il debitore. Epperò il donatario non potrebbe prevelersene relativamente a' suoi coeredi, che non vi sono intervenuti nè per essi nè pel loro autore (9) Gl'interessi de' terzi creditori sono tuttafatto distinti da' regolamenti, che dominano la divisione delle successioni. Qui primeggia l'uguaglianza tra'figli, che si deve fare prevalere.

(a) Così nel testo, ma pare, che vi sia un errore tipografico, o che debba leggersi — « *poichè nulla può prelevare sui beni.* » *Il traduttore.*

(1) L. *unic.*, C., *De inoff. donat.* Ricard n. 1075.

(2) V. il mio rapporto alla Corte di Cassazione (Devill., 43, 1, 118) e l' arresto della Camera dei ricorsi dei 2 gennaro 1843, che siegue.

(3) Tiraquello, cit. *loc. cit.*

(4) Art. 39.

(b) Uniforme all' articolo 883 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(5) Cassazione 22 agosto 1843 (Devill, 44, 1, 187). il rimarchevolo rapporto del signor Lasagni.

(6) Parigi, 21 diceinbre 1843 (Devill., 44, 2, 80) 13 aprile 1839 (Devill., 39, 2, 531).

(c) Leggi di eccezione per gli affari di commercio Articolo 516. *Il traduttore.*

(7) Arresto precitato della corte di cassaziono.

(8) Parigi, 1813, causa *Giraud* inedit. E nault *Delle fallite* t. II, p. 631. Zachariae, t. III, p. 155, 156. Pool, *Rivisto di legislozione*, t. XIX p. 610 o seguenti, *Infra*, ni 969, 979, 989.

(9) Parigi 21 dicembre 1813 (Devill, 41, 2, 80).

964. È un punto incontestato in giurisprudenza, che i beni donati in anticipazione di successione debbono essere riuniti fittiziamente alla massa della successione del donante per fissare l'estensione della quota disponibile.

Ma non dev'essere altrimenti, quando si tratta di una divisione anticipata, fatta dal padre tra' suoi figli? Questa divisione non è qualche cosa di diffinitivo, che regola la successione per modo, che se esistono in morte del disponente altri beni, de' quali bisogna fare la divisione, questa seconda successione resta straniera dell'altra, e non si compone più, che de' soli beni non divisi? L'articolo 1077 non rende inapplicabile l'art. 922? (a)

Delle considerevoli ragioni esistono per l'affermativa; esse hanno colpito la Corte di Dijon (1). Le divisioni degli ascendenti non sono semplici anticipazioni di successione, ma bisogna vedervi una misura diffinitiva presa dal padre di famiglia con la cognizione e la valutazione delle convenienze per fare regnare l'unione tra' figli e per consolidare nelle loro mani i beni donati. Dei grandi interessi sociali sono legati a questi ordinamenti domestici. La proprietà ha maggiore stabilità; il commercio e l'agricoltura ne profittano. Che diverrebbero tutti questi vantaggi, se si dovesse ricominciare l'operazione della divisione, conferire alla successione de' beni già divisi, rifare quello, che il padre di famiglia ha saviamente fatto nell'interesse di tutti? L'art. 1077 tronca la quistione, perchè sottopone alla divisione i soli beni non divisi; per lo che considera gli altri come diffinitivamente acquistati.

A questo sistema si risponde (2): Bisogna, che sin alla sua ultima ora il padre sia arbitro della porzione disponibile. Bisogna, che sino alla sua ultima ora possa ricompensare quello de' suoi figli, che lo ha circondato di cure e di affezioni, mentre gli al ri l'avranno abbandonato, credendo di non avere nulla ad attendere da lui. Le divisioni degli ascendenti non hanno l'impronta dell'irrevocabilità più delle donazioni propriamente dette. Ora si conferiscono queste; è dunque una necessità di conferire le altre secondo l'art. 1076.

D'altronde ove si anderebbe, se si ammettesse il sistema contrario? I padri di famiglia si guarderebbero di ricorrere a delle liberalità, che renderebbero illusorio il dritto di testare, e lo spoglierebbero di una prerogativa, che interessa ad un sì alto grado la podestà paterna e l'ordine pubblico.

Tali sono i due ordini d'idee, che si presentano su tal subietto. Io preferisco di molto il primo. Lo considero come più di accordo con lo spirito delle divisioni degli ascendenti e col riposo delle famiglie. D'altronde l'art. 1077 viene ad aggiungere l'autorità del testo all'autorità della ragione (3).

Che cosa vuole un padre di famiglia, quando usando della sua magistratura domestica, fa una divisione tra' suoi figli? Il suo scopo è di prevenire le difficoltà di una divisione da farsi con una divisione emanata dalla sua autorità; di essere l'arbitro de' suoi figli, il giudice delle convenienze di ciascuno, l'apprezzatore de' loro rispettivi interessi. Epperò si rovescia il suo pensiero dominante, quando lasciando da parte l'opera della sua previdenza, si va a gettarsi nelle operazioni di una divisione ulteriore fatta sulle basi del dritto comune. La divisione anticipata lega talmente i figli, che non possono attaccarla, che in quanto vi è lesione; il che indica in un modo ben chiaro, che eglino posseggono i beni, che ne sono l'obietto, come se l'avessero acquistato a titolo oneroso.

Da un'altra parte il padre di famiglia non è meno legato de' figli, nè potrebbe disfare per pentimento quello, che ha fatto con conoscenza di causa. La legge non prevede questo pentimento, e non l'ammette. Ella suppone avere il padre agito dopo mature deliberazioni, di aver reso su ciascuno de' figli il suo giudizio supremo, di avere depositato in quest'ultimo atto di autorità le sue diffinitive risoluzioni. Se l'eguaglianza è servita di base alla sua divisione, l'eguaglianza deve sussistere sino alla fine in quel, che concerne i beni distribuiti. Il padre di famiglia non può rivenire sulla sua determinazione, e stabilire dopo il fotto delle imprevedute preferenze. Bisognava, ch'inferisse il vantaggio nell'atto stesso (4), senza di che la divisione non avrebbe nulla di fisso; sarebbe abbandonata alla sua discrezione, e non vi sarebbe differenza tra un'anticipazione di successione ed una divisione di ascendenti; si che bisognerebbe non mettere alcuna differenza tra un patto di famiglia consumato tra tutt'i figli e versante su tutti i beni, ed una liberalità fatta ad uno de' figli individualmente senza spossessamento integrale ed assoluto e con un pensiero di collazione.

Diciamo dunque, che tutto è regolato dalla divisione di ascendenti. Questa è una legge domestica irrevocabile. Se dopo questa divisione sopravvengono altri beni, sono divisi sia *ab intestato*, sia conformemente alle nuove disposizioni del padre di famiglia, come se i beni divisi dall'anticipata divisione non esistessero più. Ed in effetti non esistono più nella successione del defunto, perciocchè li avev'alienati irrevocabilmente, e sono fuori del patrimonio, che lascia da dividere.

965. Nè sarebbe altrimenti, se non quando il disponente avesse sin dall'origine e nello stes-

(a) Leggi civili art. 1033. *Il traduttore.*
(1) 11 maggio 1844 (Devill., 44, 2, 671).
(2) V. la *Consultazione* del sig. Paolo Fabio (Devill., 44, 1, 225). Agen, 11 agosto 1842 (Devill., 42, 2, 353).
(3) *Infra* n. 2316.
(4) Articolo 1076.

Digitized by Google

so atto della divisione manifestata l'intenzione di riserbarsi il dritto di fare ulteriormente una disposizione per precapienza su' beni da lui distribuiti e divisi. Vi sono degli esempi di tali riserve, e debbono aver effetto (1).

Se dunque il disponente usa di questa facoltà, bisognerà necessariamente fare la riunione fittizia alla massa de' beni divisi, ad oggetto di assicurarsi, che vi è luogo a riduzione (2).

966. Ma quando il disponente non ha fatto di tali e sì esorbitanti riserve, non si potrebbe sottintenderle. La divisione è diffinitiva, ed un legato per precapienza ed anteparte, fatto ulteriormente, non potrebbe versare, che su' beni non compresi in questa divisione, senzachè si possa esigere la collazione de' beni, dapprima divisi.

967. Con più forte ragione dev'essere così quando l'intenzione del padre di famiglia sembra di essere stata di lasciare la sua prima divisione intatta, e di non fare gravare le sue nuove disposizioni, che su' beni, che si troveranno nel suo possesso nel momento della morte (3). Evidentemente allora la precapienza, che ha donato, non può essere presa, che su questi medesimi beni, e non vi è veruna collazione fittizia da fare di quei, de' quali si era irrevocabilmente spogliato (4).

968. Quando si è redatto una stato esatto di tutte le donazioni, che debbono essere riunite fittiziamente alla massa, bisogna vedere per quali valori debbono figurare nell'attivo. Il nostro articolo dà una regola saggia e sicura; la valutazione deve farsi secondo lo stato da' beni donati al momento della donazione ed il loro valore in tempo della morte del donante.

Due ragioni hanno servito di guida al legislatore in questa disposizione. La prima, fondata sulle leggi 6 e 30 C. *De inoff. test.*, è, che per considerare se il padre ha fatto torto a' figli, bisogna, che la successione sia aperta con la sua morte, perchè allora soltanto è loro dovuta: « *Cum quaeritur*, dice la prima, *an « filii de inofficioso testamento possint dicere, « si quartam bonorum partem, mortis tempo« re, testator reliquit, inspicitur.* »

La seconda, che quando si viene a conoscere, esservi stata una inofficiosità da parte del disponente, si deve supporre, che i beni da lui donati non sono usciti mai dal suo patrimonio, e che sono rimasti in suo potere nello stato, in cui allora erano sino al momento della sua morte (5).

969. Da questo principio e dalla regola stabilita nell'art. 922 emergono molte importanti conseguenze. La prima, che la cosa si prende e si stima con gli aumenti o i deterioramenti naturali, che ha ricevuto, e che giovano o nuocciono all'erede.

La seconda che se il donatario ha commesso delle degradazioni ne deve conto all'erede attore in riduzione secondo la stima nel giorno della morte del donante (6).

La terza, che se il donatario ha fatto de' miglioramenti, il fondo non dev'essere compreso nella massa, che pel valore, che avrebbe senza di questi miglioramenti (7).

970. Quando l'azione colpisca la donazione per intiera, e che il riservatario s'impadronisce della totalità della cosa per formare la sua riserva, si è preteso di applicare al donatario il principio dell'art. 555 del Codice Napoleone (a), ed ecco come si è ragionato (8).

« Pel suo titolo il donatario era soggetto ad « una riduzione eventuale. Egli dev'essere assi« milato a colui, che ha fatto de' miglioramenti « sul fondo altrui, ed è il caso di seguire l'art. « 555 del Codice Napoleone. Ed in conseguen« za il riducente, proprietario del fondo, ha « dritto di obbligare il donatario, che ha fatto « le migliorazioni, a toglierle, o di ritenerle; « se il riducente domanda la soppressione delle « opere, questa si esegua a spese del donatario « senza indennità per lui (art. 555, § 2). Se « il riducente preferisce di conservare le opere, « deve il rimborso del valore de' materiali e « del prezzo della mano d'opera senza riguardo « al più o meno grande aumento di valore, « che il fondo ha potuto ricevere, ecc. »

Questa soluzione non è ammessibile (9). Il donatario aveva un giusto titolo, era di buona fede, poteva credersi proprietario incomutabile, e si è creduto tale sin al momento, in cui l'apertura della successione è venuta a fargli conoscere l'eccesso della liberalità, di cui era l'obietto, e le pretensioni de' riservatari di farla ridurre. Infine ha fatto i frutti suoi a causa del suo titolo e della sua buona fede.

In questo concorso di circostanze lo si deve assimilare al terzo evitto, di cui parla l'art. 555 nel paragrafo finale, e non si può obbligarlo a torre le opere, ma ha dritto di essere indennizzato dell'aumento di valore, che la cosa si trova di avere in tempo della morte (10).

971. Se la cosa è perita senza colpa del donatario, questi rimane intieramente discaricato (11).

(1) Tale è la specie di un arresto della corte di cassazione, ricorsi-lioi 13 dicembre 1843, che rigetta il ricorso formato contro l'arresto di Agen citato nel n. precedente (Devill., 44, 1, 226).
(2) Idem.
(3) Cassazione rigetto 19 luglio 1836 (Devill., 36, 1, 590).
(4) Idem.
(5) Grenier t. 4, n 636.
(6) Pothier *su Orleans* t. 17, *Introd.*, n. 91.

(7) Pothier, *loc. cit.*
(a) Leggi civili, art. 480. *Il traduttore.*
(8) Levasseux, *Porzione disponibile*, n. 79.
(9) Toullier, t. V, p. 151 *ad notam.*
(10) V. l'art. 861 del Codice Napoleone (*). Aggiungi l'art. 306, *Consuet. d' Orleans.*
(11) Pothier *loc. cit.* art. 855 Cod. Nap. (**).

(*) Articolo 780 Leggi civili. *Il traduttore.*
(**) Articolo 774 Leggi civili. *Il traduttore.*

Non è lo stesso, se la cosa è perita per sua colpa, ed esamineremo questo caso nel commentario dell'art. 923 (1).

972. Quando i miglioramenti o deterioramenti hanno luogo dopo della morte, si siegue le stesse regole. L'erede profitta o soffre gli accidenti naturali; il donatario è responsabile de'le sue proprie degradasioni, come ha dritto di essere indennizzato de' suoi aumenti (2).

973. Se il donatario è stato espropriato per causa di utilità pubblica, si esige da lui solamente quello, che ha ricevuto. La quale soluzione si comprende benissimo, ed appena è d'uopo di enunciarla. E difatti il donante non sarebbe stato evitto, se avesse conservata la cosa?

In quel, che concerne le alienazioni volontarie, il donatario, che ha alienato la cosa donata, è debitore del valore di essa secondo le regole precedenti.

974. L'estimasione degli oggetti mobiliari deve richiamare la nostr'attenzione.

In tempo della discussione, ch'ebbe luogo nel Consiglio di Stato, il sig. Tronchet propose di distinguere i mobili dagl'immobili(3); di stimare i mobili secondo il loro valore in tempo della donazione giusta lo stato estimativo annesso all'atto (art. 948 Codice Napoleone (a)) come nel caso di collazione tra coeredi, e non secondo il loro valore in tempo della morte (art. 868 Codice Napoleone (b)). Ma questa distinzione fu rigettata per lo motivo, che vi è una gran differenza tra la riduzione e la collazione; che il donatario ha dovuto credersi proprietario incommutabile, mentre invece l'erede aveva dovuto sapere, essere la sua donazione soggetta alla collazione (4).

D'onde una singolarità, ed è, che se l'erede donatario viene alla successione, i mobili, che conferisce col prenderne di meno, sono stimati giusta il loro valore in tempo della donasione; e s'egli rinunsia per serbare la donazione, e che perciò diviene straniero, questi medesimi mobili sono stimati secondo il loro valore in tempo della morte (5).

Ciò non è tutto, ed il sig. Toullier ha rilevato un'altra bizzarria, cioè « che i mobili della « stessa donazione possono essere valutati di « due differenti maniere: per esempio se la do« nazione fatta in mobili per precapienza ad « uno de'figli, si trova di eccedere la porzione « disponibile, bisognerà dapprima valutarli se« condo il loro valore in morte del donante per « vedere, se vi è eccesso, e dopochè il figlio « donatario avrà ritenuto su questo valore la « porzione disponibile, il doppio ch'è obbligato « di conferire alla successione, sarà valutato « secondo il suo valore all'epoca della donazio« ne (6). »

Tutto questo è esatto; ma guardandovi da vicino, si scorge bentosto, che si fa comparire come obiezioni contra la legge quello, che non è altro, che la conseguensa naturale delle differenze esistenti tra la qualità di estraneo e la qualità di erede. Qual'è la regola suprema in materia di riduzione? Quella di sapere quale sarebbe il valore della successione, se il donante non avesse fatto delle liberalità. Or come sarebbe possibile di avere riguardo al valore del mobiliare nel giorno della donazione? Forse il mobile non sarà scemato di valore in tempo della morte? Forse rappresenterebb'esso nelle mani del donante in tempo della sua morte il valore, che aveva 20 anni prima?

È vero, che quando si tratta di stabilire la eguaglianza per mezzo della collasione, si prendono i mobili secondo il loro valore nel giorno della donazione (7). Ma non bisogna preoccuparsi di questa disposizione, quando si tratta di un estraneo, che si è creduto proprietario, e che non si deve trattare con soverchio rigore; per lo contrario l'erede ha saputo, che doveva restituire e conferire. Egli ha goduto della cosa; ne ha ricevuto un utile anticipato, ch'è stato un favore. Se i mobili si sono deteriorati, lo è stato pel di lui uso, mentre ne profittava. Epperò non è troppo rigoroso di esigere, perchè si è sul terreno dell'eguaglianza, che la collazione si faccia sul piede dello stato estimativo unito alla donazione.

975. Diciamo ora una parola dell'estimazione di un usufrutto donato, e soggetto ad una riunione fittizia (8). Questo punto ha sempre formato obietto di serie difficoltà (9).

La donasione della metà in usufrutto è considerata in generale come equivalente alla donasione del quarto in piena proprietà(10). Pertanto questa valutasione non è superiore a certo modificazioni ricavate dall'età e dalle circostanze (11). È vero, che per la percezione de' dritti di mutazione l'usufrutto è considarato del valore della metà del fondo. Però questa regola non

(1) N. 969.
(2) Cassazione 12 di agosto 1840 (Devill., 40, 1, 304).
(3) Fenet, t. XII, p. 349.
(a) Art. 872 Leggi civili. *Il traduttore.*
(b) Art. 787 Leggi civili. *Il traduttore.*
(4) Bigot. *loc. cit.*
(5) Grenier, t. IV. n. 637.
(6) T. V, n. 139.
(7) Art. 868, Pothier, *su Orleans, loc. cit.* t. 17, n. 90.
(8) *Sopra*, n. 839.
(9) Henry, lib. 6, q. 59, t. 3, p. 926, 927. Bacquet, *Dritti di giustizia*, cap. 21, n. 29. Dumolin, *De usuris* n.i 475, 476. V. gli art. 612, 917, l. 68, D., *Ad leg. falcid.*
(10) Parigi, 12 gennaro 1843, e 17 febbraio 1848, (Devill., 48, 2, 79).
(11) Toullier, t. V, n. 142. Proudhon, *Usufrutto*, n. 364. Benech, p. 377. Dissert. del Sig. Devilleneuve, 7, 1, 365, 366.

Digitized by Google

è assoluta, se non in ciò che concerne il fisco; nel rapporto de' particolari cede agli accidenti variabili di età, di salute, ecc. Se l'usufrutto legato ad un uomo di trent'anni vale la metà del fondo, non lo vale, se è donato ad un uomo di sessanta. Per lo che i tribunali debbono avere riguardo a queste circostanze; debbono tener conto degli aventi aleatori, che mettono delle differenze ne'casi sottoposti alla loro valutazione. Senza dubbio la conversione di cui parliamo, dell'usufrutto in proprietà ha qualche cosa di comodo; evita degli apprezzi costosi, semplifica le liquidazioni. Nulladimeno non bisognerà applicarla ciecamente, nè è buona, che a condizione di usarne con discernimento.

976. Quando non si è di accordo sul valore dei mobili o degl' immobili, se ne fa fare una stima amichevole o giudiziaria. Le parti faranno saviamente, evitando per quanto è possibile la valutazioni dei periti: vi sono dei casi, in cui l'intervento dei periti porta un grande scemamento nello forza della successione.

977. Non si ha riguardo necessariamente all' estimazione, che il padre di famiglia avrà fatto egli stesso. Spesso nascondono dei vantaggi occulti, ed ho veduto una folla di casi, nei quali il disponente esagerava il valore dei beni donati alle figlie, e nei quali per lo contrario diminuiva singolarmente il valore delle cose donate ai figli ad oggetto di vantaggiarle. Vi è una regola data da Papiniano, ed è, che l'estimazione fatta dal padre di famiglia non può alterare la legittima: « *quarta, quae* « *per legem falcidiam retinetur, aestimatio-* « *ne, quam fecit testator, non magis minui* « *potest, quam auferri* » (1).

978. Si sono elevate molte difficoltà sulla quistione, se l' articolo 922 è applicabile o no al caso, in cui si tratta di determinare la quota disponibile nell' interesse di colui, che è legatario o donatario. Molti giureconsulti sono di avviso, che questo articolo non è stato fatto, che per calcolare la riduzione nell'interesse dei riservatari; che non deve essere esteso fuori di questa ipotesi, e che quando si presenta il caso di valutare la quota disponibile per sapere quello, che il legatario di questa quota dovrà prendere nella successione, non si deve fare la collazione fittizia prescritta dall' articolo 922, e che bisogna semplicemente calcolare sui beni lasciati dal testatore nella sua morte.

Questo parere non è ammessibile. L'articolo 922 è in tutti i casi la vera regola della materia (2). Ed in effetto dividendosi il patrimonio in due parti, l' una disponibile, indisponibile l' altra, la fissazione dell' una serve a fissare l' altra. Sono due correlativi, che non possono avere un differente modo di fissazione. Senza di che bisognerebbe supporre, esservi due sorti di quote disponibili, ciò che la legge qui non ammette. D' altronde la ragione indica sufficientemente, che per calcolare ciò, di cui il defunto ha potuto disporre, bisogna calcolare sulla massa del patrimonio, come se fosse rimasto intatto. Se a disegno si omettesse qualcuna delle cose, che sono state distratte, è certo, che si perverrebbe ad un risultamento incompleto, poichè la basi delle operazioni sarebbero state incomplete esse stesse. Nè si dica essere la collazione delle donazioni tra vivi, che noi dimandiamo, una violazione dell' articolo 857, che dispone, non essere la collazione dovuta al legatario. Imperciocchè noi parliamo qui di una collazione puramente fittizia, che non attenta alle liberalità in verun modo, perchè se il donatario conferisce per fare l' operazione, riprende non appena l' operazione è finita. Rimarchiamo infine, che la quota disponibile è essenzialmente divisibile: che il disponente può dividerla in tante porzioni, quante creda convenienti, e che può donarla pure in parte, sia per donazioni tra vivi, sia per legati. Se dunque il disponente ha legata una parte della porzione disponibile per donazione tra vivi, come si conoscerà quello, che gli restava di disponibile nel momento della sua morte, se non si fa una collazione fittizia di ciò, che ha già donato diminuendo la porzione disponibile? Tutto ciò si rischiara con degli esempi.

Supponiamo un individuo, che ha 65, 000 franchi di patrimonio. Dona 5. 000 franchi a Cajo per donazione tra vivi. Muore immediatamente, lasciando tre figli ed un legatario della quota disponibile. Se si calcola secondo il sistema, che combattiamo, si calcolerà la parte disponibile sui 60, 000 franchi residuali, il che darà pel legatario 15, 000 franchi. Ma siccome i figli debbono prelevare per la loro riserva sulla somma dei 60, 000 franchi, restati liberi nella successione, una somma di 48, 750 franchi, vale a dire i tre quarti dei 65, 000 franchi, che relativamente a loro formano la massa, sulla quale bisogna calcolare, ne siegue, che non resterà più pel legatario, che 11,250 franchi invece dei 15,000 franchi, che dapprima si erano trovati; il che fa, che si è obbligato di ridurre non già una donazione della porzione indisponibile, ma una donazione del disponibile: cioechè implica contraddizione, e dimostra un palpabile errore di calcolo.

Per lo contrario nell' altro sistema, che è il vero, riuniamo i 5,000 franchi donati ai 60,000 franchi esistenti, e troviamo una quota disponibile di 16 250 franchi. Ora il defunto ha di già donato 5,000 franchi, quindi altro non resta nella porzione disponibile, che 11, 250 franchi. che sono la parte del legatario. Sicchè si arriva al medesimo risultamento per la strada

(1) L. 15, § 3, D., *Ad leg. falcid.*

(2) Cassazione, camere riunite, rigetto, 18 luglio 1826 (Devill., 8, 1, 383 Dalloz, 26, 1, 315).

Digitized by Google

più dritta, senza sforzo e senza violenza fatta ai veri principii.

Supponiamo ora un padre, che abbia 65,000 franchi. Dona 5, 000 franchi a Tizio e 20,000 franchi a Sempronio; poi muore, lasciando la porzione disponibile a Cajo. Ha tre figli. Per regolare quello, che viene al legatario, non calcoleremo sui 40, 000 franchi restati liberi nella successione, ma calcoleremo sulla massa di 65, 000 franchi, e diremo: la quota disponibile è di 16, 250 franchi. Ora il defunto ha di già oltrepassato questa quota col donare 25mila franchi, per lo che non restava più nulla del disponibile in tempo della sua morte, ed il legatario non avrà da esercitare veruna pretensione.

979. Questa soluzione è chiara, quando i donatari o legatari sono degli estranei. Ma la quistione è sembrata più complicata, quando le liberalità sono state fatte a taluni dei figli, che vengono alla successione, e che in tesi generale debbonsi la collazione delle cose donate. Supponiamo per esempio, che delle anticipazioni di successione siano state fatte ad alcuni dei figli, e che la quota disponibile sia stata legata ad un altro. Il legatario della porzione disponibile potrà richiedere, che i donatari delle anticipazioni di successioni conferiscano le loro donazioni? Almeno potrà richiedere, che ne facciano la collazione fittizia alla massa? Si tiene per costante, che la quota disponibile non può calcolarsi, che per la riunione fittizia delle anticipazioni di successione. Non già che per prendere il disponibile il legatario possa scemare le donazioni, che l'hanno diminuito (il che sarebbe un introdurre qui la collazione reale, che non può aver luogo), ma a fine di potersi pagare sui beni esistenti nel momento della morte, e prendere il tutto, se è libero, ed il rimanente, se è stato diminuito.

980. Sul primo punto non vi potrebbero essere dei dubbi: la collazione non è dovuta, indarno direbbesi con la Corte di Bruxelles (1), che il legatario riunisce alla qualità di legatario quella di erede, e che siccome la collazione è dovuta tra coeredi (2), i donatari non possono rifiutarsi alla collazione reale. Imperocchè codesta opinione è falsa ed insostenibile, comechè il legatario della porzione disponibile non agisce in qualità di erede, quando dimanda la liquidazione ed il rilascio del disponibile, ma agisce in virtù del testamento, per cui è legatario e non altra cosa. Epperò la collazione non può essere da lui domandata. Del resto è questo un punto, che non è più contestato, e ne parlo solo per memoria.

981. Ma ha dritto di pretendere, se non la collazione reale, almeno la riunione fittizia dei beni donati in anticipazione di successione? L'affermativa è evidente ai termini dell'articolo 922; e sebbene la quistione sia stata vivamente controvertita, le dispute sono al dì di oggi assopite, e la giurisprudenza è irrevocabilmente fissata.

982. Esaminiamo un primo caso.

Supponiamo, che il padre abbia fatto delle anticipazioni di successione, che non anticipano sulla porzione disponibile. Aveva egli 64,000 franchi e tre figli. La porzione disponibile era di 16, 000 franchi; ha fatto delle anticipazioni di successione per 30, 000 franchi; ha legato ad uno dei suoi figli la porzione disponibile. Diciamo che questi 30, 000 franchi dovranno essere riuniti fittiziamente alla massa; che bisognerà calcolare come se non fossero usciti dalle sue mani, e che il legatario prenderà intieri i 16, 000 franchi.

Per qualche tempo la corte di Cassazione ha pensato, che non dovesse essere così; che le donazioni avevano irrevocabilmente ritirato i beni donati dalle mani del testatore, il quale per conseguenza non aveva potuto disporre, che del quarto dei beni, rimasti liberi in tempo della sua morte. Ma tale opinione è stata abbandonata, come più tardi vedremo, e veramente non poteva prevalere.

983. Dapprima consideriamo una cosa; ed è, che qui si tratta di donazioni fatte in anticipazione di successione, il cui carattere ha avuto sempre dei tratti singolari, sia a causa della loro natura, sia a causa dell'intenzione, che vi presiede. Esse sono senza alcun dubbio irrevocabili; ma non è men vero, che tra coeredi si conferiscono alla massa per essere soggette alla divisione (articoli 843, 857, 858, 859 (a)), e che relativamente ai legatari s'imputano sulla riserva, sulla legittima, su quello di cui il padre non poteva privare i suoi figli. Non parliamo più di collazione, poichè non siamo in un caso, in cui la collazione può aver luogo. Ma insistiamo sull'imputazione nella legittima dell'anticipazione di successione.

Che cosa è l'anticipazione di successione? È, giusta le definizioni giuridiche, quello, che si riceve dal padre e dalla madre *quasi in antecessum, seu anticipationem futurae successionis*. Il donante vuole venire in soccorso dei suoi futuri eredi: *Vivus videtur haeredi suo providisse* (3). Non intende di diminuire la sua successione abbandonandosi a queste liberalità, per lo contrario ne dispone anticipatamente a favore di coloro, che debbono essere suoi eredi, e che di quello stesso dovranno es-

(1) Arresto del 13 giugno 1810 (Devill., 3, 2, 287).
(2) Articoli 843 ed 857 (*).

(*) Articoli 762 e 776 delle Leggi civili. *Il trad.*

(a) Art. 762, 766, 777, 778 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(3) L. 56, D., *Ad leg. falcid.*

sere proprietari nell' apertura della successione. Dumoulin definisce l'anticipazione di successione; « *Quando pater dat aliquid filio « tanquam futuro heredi, hac contemplatio« ne, quod speratur heres, et in acceleratio« nem commodi futurae successionis* (1) ».

È dunque un' anticipazione di quello, che sarà raccolto nella futura successione. E quando questa successione si apra, la cosa donata lungi dall' essere defalcata, si trova necessariamente presso a poco come, quando si fa un conto, si trova nei suoi elementi quello, che è stato pagato anticipatamente (2). Bisogna dunque dire, che a non considerare, che la natura delle cose e la volontà del defunto, la donazione fatta in anticipazione di successione non fa parte della quota disponibile. Non si presume, che il padre di famiglia abbia voluto diminuire con ciò il suo dritto di disposizione; per lo che quando un' anticipazione di successione si trova in concorrenza con una donazione della quota disponibile, si presume, e si deve presumere, che la donazione in anticipazione di successione s' imputa nella parte del figlio nella riserva. Qui non si tratta di una collazione, ma di uno semplice imputazione nella legittima. Si fa la riunione delle anticipazioni di successione non già per metterle nella massa e sottoporle alla divisione, ma per lasciarle ai donatari, imputandole nella loro riserva.

Diciamo dunque, che nella stessa guisa, che la donazione fatta ad un estraneo s'imputa nella porzione disponibile, la successione fatta in anticipazione di eredità ad un successibile s'imputa nella legittima. Ecco perchè la collazione fittizia è un'operazione tanto utile e così decisiva per sapere quello, che il disponente ha potuto fare. Per mezzo della riunione fittizia si rende conto dell'ammontare delle sue disposizioni e dello stato, in cui lascia la riserva ed il disponibile. Senza di questa riunione fittizia non si giungerebbe, che a de' risultamenti incompleti.

984. Di là procedendo, è tutt'affatto impossibile di supporre, che quando il testatore ha donato la porzione dispon bile, egli non ha inteso di parlare, che di quello, ch'è disponibile ne' beni esistenti; per lo contrario è evidente, aver egli inteso parlare del disponibile, avuto riguardo a tutti suoi beni, soprattutto avuto riguardo a quello, che ha donato a' suoi figli accento della loro legittima. Sarebbe un tradire il suo pensiero il restringerlo nello stretto circolo di un patrimonio, che non comprendesse, a'meno fittiziamente, i beni, che ha donato in pagamento dal suo debito di padre. L'art. 922 lo vuole positivamente, e l'interpretazione della volontà del donante non l'esige di una meno espressa maniera.

985. Passiamo ora agli arresti, che hanno fatto trionfare questo punto di dritto.

Jourdan nel maritare la sua prima figlia Luisa Jourdan con Sabatier, gli dona in anticipazione di eredità due immobili, valutati 25,000 franchi. Sei anni dopo, nell'anno X, marita la seconda a S. Arroman, e le dona in anticipazione di eredità 4,000 franchi in suo nome e 2,000 franchi in nome di sua madre. Infino nel 1806 marita la terza figlia al sig. Lamotte senza costituirle dota.

In maggio 1809 Jourdan fa un testamento, per lo quale lega a Luisa Jourdan sua figlia primogenita il quarto di tutti e di ciascuno dei suoi beni immobili e de' suoi beni mobili. Valuta tutti suoi beni a 64.000 franchi, compresivi i 25mila ed i 4,000 franchi dati in anticipazione di successione. Dichiara, che sua figlia signora S. Arroman farà la collazione de' suoi 4000 franchi, e ne terrà conto nella sua porzione. Secondo queste basi il quarto per precapienza donato alla signora Sabatier si eleva a 16,000 franchi, pe'quali il tastatore la dona una casa.

Jourdan muore nel 1817. Bisogna rimarcare prima di andare più innanzi, che Jourdan lasciava ne' suoi beni esistenti quanto bastava per soddisfare il legato di precapienza senza intaccare le riserve, perciocchè avendo 64,000 franchi di beni e tre figli, il quarto era, pagate le legittime, di 16,000 franchi.

Una causa s'impegna tra le tre sorelle. Le signore S. Arroman e Lamotte sostengono, a torto avere il padre loro calcolato su' beni donati in anticipazione di eredità; che così per esempio nel volere, che la signora S. Arroman facesse la collazione de' 4,000 franchi donatile in anticipazione di eredità, il testatore aveva ordinata una collazione a favore del legatario in contradizione dall'art. 857 del Codice Napoleone.

Una sentenza del tribunale di Bagneres-de-Bigorre decide, che il legato per precapienza fatto alla signora Sabatier, non sarà preso, che sui beni, ch'erano in potere di Jourdan padre in tempo di sua morte.

Appel'o, ed arresto infermativo della corte di Pau de' 2 di giugno 1820.

La corte dapprima considera, non doversi confondere la collazione effettiva preveduta dall'art. 857 del Codice Napoleone, e che non deve mai esser fatta nel 'interesse de' legatari, con la collazione fittizia, di cui parla l'articolo

(1) *Sopra Parigi*, art. 26. V. Brillon, *Anticipazione di successione*.

(2) Sulle anticipazioni di successione, v. Dourdan, art. 92. Etampes. 114. Mantes 149. Montfort, 151. Normandie 434. Parigi, 278. D' Argentrè *su Bretagne* art. 405, glos. 3. Basnage *su Normandia* art. 434. Brodeau e Louet, lettera D., n. 61. Louet 2, 6, 43. Lebrun, 3, 6, 2, 3. Ferriere *sopra Parigi*, art. 273.

922. La collazione è l'atto, per lo quale gli eredi vantaggiati ripongono nella massa i beni donati e ricevuti per sottoporli alla divisione. Nella specie non si tratta di ciò. Nella disposizione di Jourdan padre vi è solamente una riunione fittizia, non già per fare uscire i beni dalle mani degli eredi, non già per metterli effettivamente nella massa, ma semplicemente per calcolare la quota disponibile. Sino a che si circoscrive nella riunione fittizia prescritta dall'art. 922, non si mette in opposizione dell'art. 857, che parla solamente della collazione reale.

La corte esamina dopo il valore dell' obiezione ricavata da che l'art. 922 prescrive la riunione fittizia solamente per operare la riduzione de' legati. Pensa, che la riserva e la quota disponibile sono correlativi, di talchè la fissazione dell'una è necessariamente la fissazione dell'altra; che d'altronde l'art. 922 à il solo articolo applicabile, sia che gli eredi reclamano la loro riserva, sia che i legatari dimandono il loro legato; che altrimenti la quota disponibile aumenterebbe o decrescerebbe, secondochè il rilascio fosse dimandato dagli eredi o da' legatari.

Considera infine, che non bisogna legarsi ad un sistema, che fosse tale da impedire le anticipazioni di eredità così favorevoli pe'patrimoni; che nonpertanto questo avverrebbe,se si volesse, che un padre, pagando anticipatamente la riserva, intaccasse la porzione disponibile.

Da tutto ciò la corte conchiude, che quando si tratta di valutare la quota disponibile,si deve in tutti i casi formare la massa nel modo prescritto dall'art. 922 del Codice Napoleone, e prendere in seguito questa quota su'beni lasciati in tempo della morte senza potere intaccare le donazioni fatte in anticipazione di eredità, ed ammettendo, che i riservatari siano prima di tutto soddisfatti della loro legittima.

986. Questo sistema era logico, ed era fortemente dedotto dal testo della legge e dalle disposizioni del testamento. Nondimeno non venne ammesso dalla corte di Cassazione, che con un arresto degli 8 di decembre 1824 annullò l'arresto di Pau sulle conclusioni contrarie del sig. Cahier avvocato generale (1).

Quali furono i motivi della Corte di Cassazione?

La donazione spoglia irrevocabilmente il donante, e le cose da lui donate non fanno più parte della successione. Adunque Jourdan non ha potuto donare, che il quarto de' beni, dei quali aveva il possesso nel giorno della sua morte, e che soli componevano realmente la sua successione. D'altronde l'art. 857 non vuole, che la collazione sia dimandata dal legatario, anche quando questo legatario fosse pure erede. Ed in quanto all'articolo 922 non è applicabile alla specie; perciocchè la riunione fittizia non è prescritta, che nell'interesse degli eredi riservatari e sulla loro propria dimanda; il che è estraneo alla causa (2).

987. La causa essendo stata rinviata innanzi la corte di Agen, un arresto de'12 di luglio 1823 adottò l'interpretazione, ch'era prevaluta innanzi la corte di Pau (3). Il ricorso contro di quest'arresto produsse la discussione dinanzi le sezioni riunite della corte di Cassazione, ed ivi con un arresto celebre in data degli 8 di luglio 1826 sotto la presidenza del Guardasuggelli sig. de Peyronnet il ricorso fu rigettato (4).

La corte suprema ha saggiamente considerato, che non potrebbero esservi due distinte maniere di calcolare la riserva e la quota disponibile; che il solo art. 922 regola queste due operazioni; ch'esige la riunione fittizia dei beni donati, a che questa riunione deve aver luogo per procedere regolarmente e logicamente; che invano si oppone l'art. 857 del Codice Napoleone, secondo il quale la collazione non è dovuta al legatario; che la signora Sabatier non dimanda la collazione reale de lo anticipazioni di eredità alla massa della successione; che dimanda solo una riunione fittizia per conoscere la consistenza generale dell'eredità a fine di fissare il valore della quota disponibile.

Quest'arresto è grave; ha l'impronta di una profonda intelligenza de' testi; fa a deve fare autorità, perchè interpreta la legge evitando ogni sottigliezza ed ogni svista (5).

988. Arriviamo ora ad un'altra ipotesi, e vediamo quello, che sarà deciso pel caso, in cui le donazioni in anticipazione di eredità eccedono la porzione disponibile. Qui si vedrà meglio risultare la verità dalla nostra distinzione tra la collazione e la riunione fittizia.

Pietro ha due figli, un figlio ed una figlia; dona a ciascuno di loro nel maritarli una somma di 40,000 franchi in anticipazione di eredità. Fa un testamento, nel quale lascia a suo figlio la porzione disponibile. Alla sua morte la sua fortuna, che supponeva di essere più considerevole, non ammonta, che a 90,000 franchi, riunendovi fittiziamente gli 80,000 franchi donati in anticipazione di eredità. D'onde segue, che restano liberi so'tanto 10,000 franchi. Nondimeno la porzione disponibile essendo del terzo, giunge alla cifra di 30,000

(1) Devill., 7, 1, 583. Dalloz, 24, 1, 522.

(2) Nel medesimo giorno altro simile arresto, che cassa un arresto della corte di Agen dei 2 di maggio 1822.

(3) Devill., 8, 1, 383. Dalloz, 26, 1, 315. Palazzo, t. 20, p 667.

(4) Ibid.

(5) *Aggiungi* arresto della corte di cassazione degli 11 di agosto 1829, ricorsi causa Maurgues (Devill., 9, 1. 352; Palazzo, t. 22, p. 356. *Sopra*, n.788). Questo arresto è la conseguenza della causa S. Arroman. Giudica dell' istesso modo la quistione dell' imputazione.

Digitized by Google

franchi. Ora per raggiungere questa cifra il legatario dimanderà forse di farsi un difalco sulle anticipazioni di successione? La sua dimanda non sarebbe fondata, poichè allora avrebbe il pensiero di sottoporre queste anticipazioni di eredità ad una collazione reale, pretenzione formalmente interdetta dalla legge. Il legatario dovrà adunque riapellare le disposizioni per anticipazione di eredità, e contentarsi de' 10,000 franchi, che trova liberi nella successione.

989. Del resto si vede, che sia in questa ipotesi, sia nella precedente le anticipazioni di eredità s'imputano nella riserva. Tal'è la regola fondamentale, che risulta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Nulladimeno vi è un'eccezione a questa regola, ed è quando il figlio donatario viene a morire prima del donante. Allora non si può dire, riportandosi all'apertura della successione del donante, di aver egli fatta un'anticipazione su questa medesima successione, dapoichè colui, che ha ricevuto, non si è trovato nelle condizioni necessarie per ricevere. Allora la donazione è simile a quella, che sarebbe stata fatta ad un estraneo.

Ecco a tal subietto un arresto, che deve fissare l' attenzione.

3 Marzo 1830 Salichon dona a suo figlio, Luigi Salichon una somma di 30,000 franchi in anticipazione di eredità. Luigi Salichon muore qualche tempo dopo, lasciando un testamento, col quale istituisce uno dei suoi tre fratelli suo legatario universale.

30 aprile 1840 morte di Salichon padre; istituisce sua moglie legataria di tutto ciò, di cui la legge gli permette di disporre.

La vedova Salichon ha preteso, che i 30,000 franchi donati a Luigi Salichon dovessero essere imputati nella riserva, e per lo contrario gli altri eredi sostenevano, che Luigi Salichon essendo morto prima di suo padre, non vi era stata mai per lui una riserva; che quindi l'imputazione doveva farsi nella porzione disponibile.

Arresto della Corte di Lione dei 7 di febbrajo 1844, che decide, che i 30,000 fr. saranno imputati nella porzione disponibile (1).

Sul ricorso il Consigliere Lasagni faceva rimarcare, essere la riserva una quota da prendere sulla successione; che non vi è successione d'una persona vivente, e che Luigi Salichon essendo morto prima di suo padre, non vi era possibilità di accordargli una parte nella successione di quest' ultimo. L'imputazione è l'applicazione di una somma per completarne un'altra, che è dovuta (2); come potrebbe farsi su di una riserva, che non è dovuta, che non deve essere pagata e che non è mai esistita?

Si oppone, che l' anticipazione di eredità è meno una riserva legale da prendersi in tempo dell' apertura della successione, che una riserva legale presa nel momento della donazione, e che perciò questo carattere non può essere distrutto per l'evento fortuito della premorienza. Ma si risponde, che per l' anticipazione di eredità le parti hanno necessariamente avuto in veduta l' epoca della morte del donante; d'onde l' inevitabile conseguenza, che se quest'ultimo sopravvive al donatario l'anticipazione *incidit in eum casum, a quo incipere non poterat*. Laonde i beni donati debbono essere conferiti nella successione come una donazione pura e semplice fatta ad un estraneo.

Nè bisogna argomentare dalla rinunzia alla premorienza. La rinunzia alla riserva legale non impedisce l'esistenza del figlio. La successione si apre; vi è il credito del figlio; vi è il debito della riserva. Ma nel caso di premorienza del figlio la riserva non esiste, e non può esistere.

Il che è stato giudicato con arresto della Camera dei ricorsi dei 19 di febbraio 1845 (3).

990. Abbiamo supposto sino al presente, che il legatario della quota disponibile è un figlio erede.

Nè sarebbe diversamente, se questo legatario, essendo un estraneo, si trovasse in presenza dei figli, dapoichè al pari del figlio legatario avrebbe il dritto di domandare l' imputazione sulla riserva ma al pari di lui non potrebbe esigere, che una collazione fittizia e mai una collazione reale.

Sentiamo Lebrun (4):

« La prima quistione, egli dice, che si può « presentare a tal subietto, è di sapere, se uno « erede istituito o legatario universale ha dritto di obbligare un figlio legittimario d' imputare queste sorti di donazioni sulla sua legittima. La ragione di dubitare si è, che vi « è un grandissimo rapporto tra il dritto di « collazione e il conferire e l' imputazione « nella legittima secondo la legge 20 nel C., « *De collat.*, Ora il figlio non conferisce allo « estraneo; di sortechè se un padre, che ha tre « figli, istituisce con loro uno straniero, bisognerà fare una doppia divisione: l' una senza « collazione relativamente all' estraneo e per « trovare la sua quota, e l'altra con collazione « tra' tre figli, perchè la collazione è per l' uguaglianza solamente trai figli, e cessa, quando l' uguaglianza non è turbata (§§ 4 e 5 « della legge 1, D., *De collat. bon.*). Da che « sembra doversi conchiudere, che l' imputazione delle donazioni sulla legittima non deve « farsi, che tra figli per uguagliare i legittimari fra loro, e per fare che non abbiano « più degli altri figli eredi o legatari; il che « talvolta arriverebbe, se non fossero obbligati « di fare questa imputazione, ed il che non ha « nessuno inconveniente, quando sono degli

(1) Devill., 44, 2, 265.
(2) L. 19, 20, 91, D., *Ad leg. falcid.*

(3) Devill., 45, 1, 371.
(4) 2, 3, 9; n.i 4 e 5.

Digitized by Google

« estranei coloro, che sono eredi, e che fornisc scono la legittima. »

« Nulladimeno bisogna dire, che gli eredi « estranei hanno dritto come i figli, cho sono « istituiti eredi, di far faro l'imputazione sulla « legittima, prrchè la dimanda della legittima « è un dritto straordinario, che deve aver luogo « solamente quando il padre o non ha affitto « o non ha abbastanza considerato il suo sangue. Epperò quest'azione non si verifica, quando il padre ha adempito i suoi doveri natu« rali, e sarebbe molto ingiusto, che un figlio, « colmato dei benefizi di suo padre, venisse ad « accusare il suo testamento ed attentare a del« le leggiere liberalità, con le quali il padre « avesse voluto riconoscere l'amicizia di qual« cuno (1) ».

Nonpertanto si deve riconoscere, che l'interpretazione della volontà del defunto può avere sulla soluzione una grande influenza. Il testatore, cbe fa un legato ad un estraneo, avrebbe potuto non lasciargli nulla: con più forte ragione ha potuto volere, che il suo legato fosse diminuito per lo cumulo della riserva e d'una liberalità sulla testa del riservatario. Il che potrebbe per esempio decidersi, se il testamento, che istituisce il legatario universale, fesse anche il titolo, che contenesse il legato fatto al riservatario; si sarebbe autorizzato a pensare, che questo ultimo legato è la condizione del legato universale, e che il testatore non ha voluto, che il riservatario si contentasse della sua riserva (2).

991. Il figlio donatario, che rinunzia, è assimilato ad un'estraneo sotto certi riguardi, ed ha ancora il dritto di esigere la riunione fittizia delle anticipazioni di eredità e delle donazioni (3).

992. Nondimeno differisce in un modo profondissimo dall'estraneo in questo, che la donazione fatta all'estraneo s'imputa nella porzione disponibile, mentrechè la donazione in anticipazione di eredità fatta al figlio, che rinunzia per serbarsi questa donazione, s'imputa nella riserva.

Questo è stato giudicato dall'arresto Castille, la cui importanza è gravissima in questa materia. Nè sapremmo incontrarlo nel nostro cammino senza meditarne le circostanze ed i principi.

Il Conte di Castiglia donò a sua figlia la signora du Roure nel maritarla 100,000 fr. in anticipazione di eredità. Dopo e nel 1825 donò a suo figlio per precapienza ed anteparte i beni componenti un maggiorato.

Muore nel 1826, lasciando sette figli.

La signora du Roure rinunzia alla successione per serbarsi la donazione.

Si eleva la quistione, se questa donazione è imputabile nella riserva o nella quota disponibile.

Arresto di Nimes dei 19 di agosto 1830, che decide, il figlio, che rinunzia, non aver più dritto alla riserva, cbe è la stessa successione, e che in conseguenza ordina, che la donazione sarà imputata nella porzione disponibile (4)

Sul ricorso il signor Mastadier, consigliero faceva osservare alla Camera dei ricorsi, cho la dote di 100,000 franchi era stata costituita in anticipazione di eredità per la volontà formale del padre; che questa disposizione valida nel tempo, in cui era stata fatta, non poteva ricevere veruna impressione dal fatto posteriore della rinunzia dalla parte del donatario; che quando il padre penetrato dalla idea di aver egli fatta una donazione della riserva, facesse in seguito una donazione della porzione disponibile per precapienza ed anteparte, questa seconda disposizione, valida pure nell'origine, non potrebbe trovare un ostacolo nella rinunzia *ex post facto* del primo donatario alla surressione. Se fosse altrimenti, le savie disposizioni di un padre per la distribuzione della sua fortuna sarebbero paralizzate per la volontà di uno dei suoi figli.

Il sig. Mestadier segnalava con molta forza e sagacità altri inconvenienti del sistema, che vorrebbe in una maniera assoluta, che la donazione fosse sempre imputata nella riserva (5). Supponiamo un padre, che dona a suo figlio la quota disponibile con dispensa dalla collazione. Poi marita sua figlia, e le costituisce una dote in anticipazione di eredità. Bisognerà dunque, che la figlia maritata sia forzata di accettare la successione di suo padre per potere conservare la sua dote? Bisognerà, che una rinunzia, ch'è nel di lei dritto, renda impossibile la conservazione nelle sue mani d'una liberalità, che oramai non può prendersi più sulla porzione disponibile?

Da un'altra parte un padre esaurisce la riserva con delle anticipazioni di eredità. Egli dunque non potrà in seguito donare la quota disponibile se non sotto l'arbitrio de' figli dotati, che per capriccio, o per odio, o per avidità vorranno a rendere senza effetto la disposizione a titolo di precapienza? Dipenderà dall'uno di loro di attribuirsi la quota disponibile per mezzo della sua rinunzia, e di torla a suo fratel-

(1) *Aggiungi* Ricard, *Donaz.*, 3, n. 1135. Furgole, *Test.*, cap. 11, sezione 1, n. 5. Doumoulin *sul Nivernese*, cap. 27, art. 11. Ferriere *sopra Parigi*, art. 298, glos. 2, § 2, n. 16.

(2) Agen 28 dicembre 1808 (Devill., 2, 2, 454 a 455) e 12 gennaro 1824 (Dalloz, 24, 2, 77). Limoges, 14 luglio 1815 (Devill., 5, 2, 401) Bordeaux 24 aprile 1834 (Devill., 34, 2, 461). Il Signor Grenier non ha bene inteso il senso di questo arresto.

(3) Cassaz., 17 maggio 1843 (Devill., 43, 1, 690) conosciuto sotto il nome di arresto Leproust.

(4) Dalloz, 32, 1, 32.

(5) *Sopra* n. 759.

lo, cui lo volontà del padre l'oltribuisce? Quale stabilità ovranno d'oro inoanzi i contratti di matrimonio? Quale sovvertimento ne' coontratti, e quale perturbamento nelle famiglie?

Su queste osservazioni il ricorso fu ommesso, e più tardi l'arresto di Nimes è stato cassato con arresto della camera civile de' 15 di morzo 1834 (1) (a).

Quest' arresto si fondò su questo concatenamento d'idee. Se la donazione fatta ad un' estraneo s'imputa seiopre sulla porzione disponibile, avviene diversamente della donazione, che uo padre fa a' suoi figli. Ed in effetti il padre può donare a suo figlio in anticipazione di eredità per via di delegazione oolicipala sulla riserva legale, o donargli per precapienza ed anteparte la porzione disponibile. Ora la donazione in onticipazione di successiooe non toglie al padre di famiglia lo focoltà di disporre in seguito della quota dispooibile; per lo contrario gli conserva intatta quesla facoltà.

Se duoque dopo lo doo azione in anticipazione di eredità il padre ha donato per precapienza la quota dispooibile ad un altro figlio, il primo donatario può senz' alcun dubbio rinunz are allo successione di suo padre, ma la sua rinunzia non può cambiare lo notura della donazione; essa ooo gli assicura, che il dritto di ritenere o di ricevere ciocchè gli è stato donato in qualità di figlio, che non può nè perdere nè abdicore, su quello, che gli sarebbe appartenuto nella riserva legale, se non avesse rinunziato, e sussidiariamente sulla quota disponibile.

La corte di Nimes adunque non ha potuto decidere, che i 100, 000 franchi donati alla signora du Roure col suo contratto di matrimooio sorebbero esclusivamente presi sulla porzione disponibile, e che la soa porzione ereditaria si accrescerebbe a' suoi frotelli e sue sorelle in virtù dello rinunzio. Essa ha violato coo ciò l'orticolo 917 del Codice Napoleone, e falsomente applicato l'art. 845. Invece doveva ordinare, che i 100, 000 fraochi sarebbero percepiti doppprima sulla riservo legale, che gli sarebbe appartenula, se non avesse rinuoziato, e sussidiariamente sulla porzione disponibile (2) (b).

Articolo 923 (840).

Non vi sarà mai luogo a ridurre le donazioni tra vivi, che dopo di aver esaurito il valore di tutt' i beni compresi nelle disposizioni testamentarie; e quando vi sarà luogo a questa riduzione, si farà cominciando dall' ultima donazione, e così di seguito, risalendo dalle ultime alle più antiche (c).

SOMMARIO

(1) Dalloz, 34, 1, 159.

(a) Quando si veggooo tali argomenti prevalore presso uno Corte Suprema, si ha ragione di essere sfiduciato della stabilità de' più certi principi della giurisprudenzo ed essere quindi inquieto sulla sorte della proprietà, il cui rispetto sta osseozialmente nolla rigorus' applicazione della regole dol dritto, ed è incompatibilo con ogni licenzo da parto de' giudicanti. Cha coso importo, che l'anticipossono di credità, vale a diro il rilascio aoticipato di una quota ereditaria, come disposizione valida nel priocipiu non può ricevere veruna impressione dal fatto posteriore della riounzia dol donatario, sa non cha questa rinunzia non dovo impedire, che lo cose rimanghino quoli erano nel momento della disposiziono, a che conseguontemento nonostanto la sua rinunzia il donatario ritenga la quota ereditaria? Noo è questo un direo che il donotario debba essere necessariomento arodo per effetto di un patto procedento l'apertura della successione, o cha essendosi dimesso mercè la rinunzio dolla qualità di eredo, possa nonpertanto ritenere lo sua quola sull' aredità?

Il padre, che fa ad un figlio un' anticipozione di credità, aottopone necessariameote l'effetto di questa disposizione olla volontà del figlio da manifostarsi all' apertura della successiono. Egli anticipo quello, che gli è dovulo, se concorre nell' eredità, e la vołoolà giuridica di concorrervi oppur no oon può esistero prima dell' opertura della successione. Sin allora è impossibile, cho non rimanga iocerto il titolo, per lo qualo viene fatto l'anticipazione, ed ogni volontà sio dol doonte sia del donatario, precedentemento manifestata, sarebbe di niun affetto. Per lo che quest' inconveniento, che si rileva come gravissimo, è la conseguenza necessaria di una delle più certe regole dol dritto, ed inseporabile dall'essenza di quella disposizione.

E nella pratica si troverà sempre, all'infuori di qualcho rara occeziona o di qualcha caso straordinario, che non dov'entrare nolle combioazioni dal legislatore, cho dipendorà dal disponento di faro produrre effetto alla sua disposiziono.

Ed in effetti nel faro un' aoticipaziooe di aredità ha dovuto egli calcolare sul suo patrimonio a cho potev' ammontare la quota aroditaria dal donatario. Teoendo conto dell' aventualità possibili, ha dovuto dargli meno di quello, cho gli spetterà. Ora non è possibile di crederò, che il donatario rinunzierà alla successiune, quando avrà dritto di prendere qualcha altra cosa. La rinunzia non ovverrà, se non quando l'anticipaziono ricevuta supererà la quota areditaria, vale a dire quando il patrimonio esistento in tompo dell'anticipaziono è maggiore dell' altro esistento in tompo della morto. Ora tranna quo' casi eccezionali, di cui più innanzi parlavamo, la diminuzione dal patrimonio non può derivaro, che dal fatto dol disponcoto Ed è giusto, che le conseguenzo ne siano a suo carico. *Il traduttore.*

(2) Sul rinvio ad Aix arresto conformo dei 13 di febbrajo 1835. (Dalloz, 35, 2, 99). I motivi sono istruttivi, e da loggersi.

(b) Quest' ultima conclusiono prova indubitatameote, che ancho oal sistemo, cho combattiamo, il padre, cha dona in anticipazione di eredità, dona evontualmonte sul disponibila. Cha diviane dunque l'argomeoto, che il donante in anticipazione di eredità ha rimasta iotatta la facoltà di donare sul disponibile? Ciò è vero unicamente nel caso, in cui la massa presenta da soddisfaro la riserva ed il disponibile. *Il traduttore.*

(c) Quest' articolo corrisponde ed è conforme all' articolo 840 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

COMENTARIO

993. Il nostro articolo si occupa dell'importante punto di sapere quali sono le liberalità, che debbono essere le prime ad essere tocche dalla riduzione; ed è sottinteso, che le legittime debbono essere prese dapprima da' beni esistenti (1). Ma se i beni esistenti non bastano, e che si è obbligato di ricorrere alle liberalità inofficiose, si domanda in qual ordine queste liberalità debbono contribuire alle legittime.

Primieramente è di regola, che bisogna addentare le liberalità testamentarie prima di attentare alle donazioni tra vivi. Se la quota riserbata è diminuita, è evidente essere ciò dipeso piuttosto dalle liberalità posteriori, che dalle precedenti. Epperò le liberalità dell'ultima data debbono sopportare lo scemamento necessario per completare la riserva (2).

Ma vi è un' altra ragione non meno decisiva, ed è, che se le donazioni dovessero concorrere alla riduzione contemporaneamente dei legati, sarebbe un attentato alla regola dell' irrevocabilità della donazioni, dappoichè dipenderebbe dal donante di struggerne indirettamente l'effetto con delle capricciose profusioni.

994. Ma qual' ordine si deve osservare nella contribuzione delle liberalità testamentarie? Questo esamineremo nel commentario dell'art. 826 (3).

995. Dopo di essersi esauriti i legati, se la riserva non è ancora compita, bisognerà procedere allo scemamento delle donazioni tra vivi. Ma questo scemamento si farà per contribuzione su tutte le donazioni, o prima sulle ultime, e sussidiariamente su ciascuna delle altre salendo? Codesta quistione ha di molto diviso la giurisprudenza altre volte.

Furgole decideva, che la legittima deve prendersi sulle più recenti donazioni, aggiungendo, essere insostenibile l'opinione contraria (4). La ragione, che dà, si è, che le prime donazioni sono buone, se non eccedono la quota disponibile, e che il donante nel farle non ha oltrapassato i limiti del suo potere. Per lo che le ultime donazioni possono dare luogo alle querele d'inofficiosità, perchè se il donante non le avesse fatte, la legittima non sarebbe stata lesa.

Che se la riduzione si facesse per contribuzione, ciò sarebbe dare al donante il mezzo indiretto di attentare alle prime donazioni.

Tal' era pure l'avviso di Lebrun (5), ed è certo, che dopo qualche esitazione prodotta da un arresto del parlamento di Parigi, conosciuto sotto il nome di arresto Faverolles (6) nel 1675 (il quale aveva favorito il sistema della contribuzione) la giurisprudenza si era pronunziata in senso contrario (7), e l'art. 34 dell' Ordinanza del 1731, riassunto delle più pure dottrine sulla materia delle liberalità, aveva tagliata la difficoltà contra la contribuzione.

Questo è ancora il partito, che il Codice Napoleone ha adottato col nostro articolo; epperò bisogna dire, doversi eseguire la riduzione sull' ultima donazione, e così di seguito salendo. Ma le donazioni comprese nel medesimo atto sono soggette a contribuzione (8).

996. Qui si presenta la quistione del come s' opera la riduzione, quando l'oggetto donato è perito nelle mani di uno de' donatari per sua colpa (9).

Per esempio una somma di denaro è stata donata a Pietro, secondo donatario, che l' ha dissipata, ed è divenuto intieramente insolvibile.

Tutti gli autori sono di accordo nell'ammettere, ed in effetti è certo, che l' erede dopo di

(1) Lebrun, 2, 3. 8, 1.
(2) Ricard, p. 3, n. 1107, 1108, 1109, 1114 ecc. Lebrun, *loc. cit.* 2, 3.
(3) *Infra*, n. 1013.
(4) Quist. 9 *sulle Donaz.*
(5) *Loc. cit.* 9 e seg. Arresto del 19 marzo 1688 reso sulle conclusioni dell' avvocato generale Talon.
(6) Ricard, *loc. cit.* Lebrun, *loc. cit.* n. 19.
(7) Lebrun, *loc. cit.* Bourjon, t. 1, p. 879, 880.
(8) Furgole, *loc. cit.*
(9) *Sopra* n. 971.

avere discusso Pietro, potrà ricorrere contra del donatario precedente per esigere la sua riserva (1). E la ragione si è, che l' ultimo donatario non ha potuto col suo fatto pregiudicare la legittima, e che il primo donatario, *qui certat de lucro captando*, non deve fare ricadere questa perdita sul legittimario, *qui certat de damno evitando*. La legittima è sempre preferibile alle donazioni.

997. Ciò ammesso, si domanda, se la legittima resterà fissa nella cifra, ch' ess' avrebbe raggiuata, se l' attivo non fosse stato diminuito per la perdita dell' oggetto donato; ovvero bisognerà detrarre dalla massa de' beni le somme ricevute dal donatario caduto nella insolvibilità?

Supponiamo, che Tizio abbia donato 30,000 franchi a Primo e 30,000 franchi a Secondo. Secondo diviene insolvibile, e Tizio muore egli stesso oberato, lasciando un unico figlio. Facendo la riunione fittizia alla massa de' 30,000 franchi donati a Primo, e de' 30. 000 franchi donati a Secondo, si trova una cifra di 60,000 franchi, de' quali il figlio avrà la metà per la sua legittima. Ma questi 30,000 franchi si prenderanno esclusivamente su Primo, solo solvibile; di sortechè la sua posizione si troverà aggravata per lo fatto di Secondo; mentre se quest'ultimo fosse rimasto *in bonis*, Primo non avrebbe sofferta veruna riduzione, ed ecco che va a trovarsi spogliato della totalità della sua donazione.

Codesto risultamento è sembrato troppo rigoroso a de' gravi autori. Pothier non l' ammette, ma vuole, che si detraggano i 30, 000 franchi perduti dalla massa de' beni, e che per conseguenza la legittima sia ridotta alla metà, affinchè Primo non provi una perdita totale per un avvenimento, che non è fatto suo (2).

Ma devesi ammettere una decisione così opposta agl' interessi del legittimario? Pothier tratta le cose, come se i beni fossero restati nelle mani del donante, e che questi li avesse dissipati. Per certo si comprende, che in simili casi i valori consumati e perduti dovrebbero scomparire dalla mass' attiva. Ed in effetti il disponente poteva fare del suo bene l'uso, che credeva convenevole, poteva lasciarlo perire, alienarlo, consumarlo, ed il figlio deve accettare le conseguenze di questa cattiva amministrazione. Ma la situazione è differentissima, quando il donatario dissipa per sua colpa quello, che gli è stato donato, e che si troverebbe nella successione del donante, se non fosse stato liberale verso di lui. La colpa del donatario non è paragonabile al fatto sovrano del padre di famiglia, *qui potest jactare suum;* nè potrebbe ricadere sul legittimario e diminuire i suoi dritti. È vero, che l' altro donatario va a trovarsi colpito, ma è meglio, che lo sia lui, che il riservatario. Quest' ultimo *certat de damno vitando*, ed il donatario *certat de lucro captando* (3).

998. Sarebbe lo stesso e con più forte ragione, se il primo donatario fosse divenuto insolvibile; il secondo donatario sopporterebbe l' azione di riduzione senza diminuzione della legittima (4).

999. Relativamente al caso, in cui il donatario ha venduto la cosa donata, rinviamo al- l' art. 930, che lo prevede.

1000. Comunque la regola generale sia, che le ultime donazioni sono esposte le prime alla riduzione, nondimeno può talvolta succedere, che la più antica donazione sia meno favorevole della più nuova.

Due persone si maritano, ed il futuro fa alla futura per contratto di matrimonio una donazione della quota disponibile. Da questa unione nascono de' figli, ed il padre e la madre per stabilire uno di essi gli fanno de' vantaggi per precapienza. È evidente, che la madre è obbligata di soffrire l' esecuzione dell' ultima donazione preferibilmente a quella, che l' è stata fatta anteriormente. Dapoichè non ha potuto volere, che la liberalità, alla quale si è associata, fosse illusoria, e lo sarebbe, se facesse produrre effetto all' intiera donazione, che l' è stata fatta col suo contratto di matrimonio (5) (a).

1001. Benchè la data delle donazioni decide dell' ordine delle riduzioni, taluni autori hanno creduto di potere insegnare, che quando si tratta di donazioni per anticipazioni di eredità fatte a degli eredi, che rinunziano alla successione per serbare la loro donazione, queste donazioni subiscono la riduzione non secondo la loro data, ma secondo la data delle rinun-

(1) Pothier, *Donaz.*, sez. 3, art. 5, § 5. Bourjon. t. 1, p. 880, col. 2.

(2) Donaz., sez. 3, art. 5, § 5. Vadi Lemaitre. p. 431. Delviocourt, t. 2, p. 244. Duranton, t. 8, n. 339. Coin-Delisle su 923 n. 8.

(3) Bourjon, t. 1, p. 880, ni 73 e 74. Zachariae t. 5, p. 175 e 176, nota 10. Grenier, t. 4, n. 632. Toullier, 5, n. 137. Merlin. *Legittima*, sez. 8, § 2.

(4) Bourjon, *loc. cit.* Zachariae, t. V, p. 175, e 176, nota 10, Grenier e Toullier, precit.

(5) Bordeaux, 9 aprile 1840. (Devill., 41, 2, 470). V. nondimeno ciocchè diciamo *infra* ni 2335 e 2338 so questioni analoghe.

(a) Ma il padre, che col contratto di matrimonio ha donato, non un oggetto determinato, ma tutta la quota disponibile, si è messo nell' impossibilità di donare posteriormente. La sua seconda donazione non è dunque riducibile ma inefficace per la totalità. La sola, che può avere effetto, è quella fatta dalla madre, o in altri termini la donazione fatta da tutti e due sarà efficace per quella sola parte, per la quale la madre deve concorrere. E questa parte nonanche è soggetta a riduzione, tranne chè non eccedesse il disponibile della madre, ed in tal caso sarebbe riducibile essa sola. Per lo che pare, che nell' ipotesi proposta non è il caso di concorso di più donazioni, qualcuna delle quali deve essere soggetta a riduzione. *Il traduttore.*

zie (1). Ma questa bizzarra opinione non ha bisogno d'una confutazione. Io mi limito ad esporre e ciò mi dispensa dal combatterla.

1002. Quando le donazioni sono fatte nel medesimo giorno, si tiene conto dell'anteriorità dell'una sull'altra, se può essere provata; il che avviene quando il Notajo ha indicata l'ora, ovvero quando l'una fa menzione di disposizioni, contenute nell'altra. L'art. 2174 del Codice Napoleone (a) non è qui applicabile (2).

Articolo 924 — (841).

Se la donazione tra vivi riducibile è stata fatta ad uno de'successibili, potrà ritenere su'beni donati il valore della porzione, che gli apparterrebbe com'erede ne'beni non disponibili, se sono della stessa natura (3) (b).

SOMMARIO

1003. Nel caso, in cui vi è luogo a riduzione, lo scemamento si fa di dritto in natura.
1004. Il riservatario, che ha ricevuto per donazione al di là della quota disponibile, non deve la collazione in natura, se non di quello, che eccede la porzione disponibile.
1005. Eccezione a questa regola nel § 2 dell'art. 866.
1006. Esame e confutazione delle diverse interpretazioni, alle quali ho dato luogo l'articolo 924.
1007. Continuazione.
1008. Il padre di famiglia potrebbe forzare i suoi eredi a derogare alla disposizione dell'articolo 924?
1009. Quistione analoga esaminata da Ricard.
1010. Il dritto di ritenzione non deve esercitarsi, che nel caso, in cui i beni sono della stessa natura; non è necessario, che siano della stessa specie.

COMENTARIO

1003. Quando una donazione è soggetta a riduzione per la legittima, il donatario deve restituire al riservatario una porzione delle cose, che gli sono state donate. Questa porzione dev'essere rilasciata *in specie*, e non basterebbe al donatario di offrirne l'estimazione, perchè la donazione non essendo valida per questa porzione, il legittimario è creditore di questa porzione *in specie* e non dell'estimazione. Così lo dichiarava Giustiniano nella legge 36, C., *De inoff. test.* « *Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris.* » D'onde la massima, che le legittima dev'essere fornita in corpi ereditari (4).

Questa massima si applica non solamente ai donatari estranei, ma ancora a'donatari successibili, che rinunzieno alla successione per serbarsi la loro donazione. Il perchè il figlio, che fosse stato impossessato di una donazione universale, e che rinunziasse alla successione per serbarsi la sua donazione, non potrebbe più di un estraneo ritenere gl'immobili ricevuti in dono, ed offrire di liberarsi dalla riserva in contanti o anche con altri fondi, che non dipendessero dalla successione (5).

Tal'è dunque la regola generale; la riduzione si fa di diritto in natura, *in specie*.

1004. Facciamo ora un passo dippiù, e dimandiamo quale sarà relativamente a'legittimari la posizione del donatario, che avrà ricevuto del defunto una donazione eccessiva, e che riunirà alla qualità di donatario della porzione disponibile quella di legittimario?

Poichè una tale donazione rinchiude due elementi, bisogna esaminarla sotto di questi due rapporti.

Dapprima in ciocchè concerne la porzione disponibile il donatario, in conformità di quello, che abbiamo detto, dovrà subire la riduzione in natura per tutto ciò, che eccederà questa quota, e conserverà solamente in natura quello, che entra ne'limiti di questa quota (art. 844 e 866 (c)) (6).

Ma *quid juris* relativamente all'altro elemento, vale a dire relativamente alla parte del donatario imputabile sulla riserva? Se si dovessero seguire assolutamente i principi generali, il donatario dovrebbe farne la collazione al'a massa (art. 843, 844 (d)). Ma non vi è forse una circostanza, nella quale questa regola deve cedere? Supponiamo, che si trovino nella successione de'beni immobili della stessa natura, de'quali si possono formare delle quote per gli altri coeredi. In tal caso perchè forza-

(1) Marcadé su 923, n. 2; Lescot su id., n. 511.
(a) Corrisponde all'articolo 2068 delle Leg. Civ. *Il traduttore.*
(2) Duranton, t. VIII, n. 383; Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. IV, n. 605, p. 228, nota *a. Contra*, Dalloz, t. V, p. 454.
(3) Queste ultime parole sono state aggiunte sulla dimanda del Tribunato.
(b) Questo articolo corrisponde all'art. 841 delle nostre Leg. Civ., al quale è uniforme. *Il traduttore.*
(4) Pothier, *Donat.*, p. 3, sez. 3, § 6. Ricard, n. 1122 e seg. Lebrun, 2, 3, 10, n. 1.
(5) Ordinanza del 1731, art. 34.
(c) Articoli 763 e 785 delle Leggi civili. *Il trad.*
(6) V. un'eccezione al n. 1005.
(d) Articoli 762 e 768 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

re l'erede a conferire alla massa la porzione dell'immobile donato corrispondente alla sua riserva? Perchè turbare senza necessità un possesso di già antico? Di che potranno dolersi i coeredi, se la successione offre loro di che pagarsi in immobili? Eglino argomenterebbero dal *summum jus*, le cui esigenze bisogna sempre temere. Epperò il nostro articolo chiude loro la bocca, e decide, che nella specie preveduta la collazione non avrà luogo (1), e che il donatorio serberà la sua quota nella riserva per riunirla alla quota disponibile, che ritiene. Per lo che la collazione in natura sarà ristretta unicamente a quello, ch'ecceda la porzione disponibile. La quale conclusione risulta dagli articoli 844 e 859 del Codice Napoleone. L'art. 924 ha creduto di doverla formolare con precisione e nettezza a rischio di cadere in una ripetizione, ma questo ripetizione volge a favore dell'interprete, che cammina con maggiore sicurezza in una materia sovente difficile.

1005. Abbiamo detto doversi conferire in natura l'eccedente della porzione disponibile; ed in effetti tal'è la regola, consacrata dall'art. 844 e dal § 1 dell'art. 866.

Ma non vi è regola senza eccezione, ed il § 2 dell'art. 866 ne stabilisce una. Vuole, che quando la donazione suscettibile di riduzione verso su di un oggetto, che non si può dividere comodamente, si segue la regola: *Major pars trahit ad se minorem*. D'onde due ipotesi: o l'eccedente da ridursi sorpassa la metà del valore dell'immobile, ovvero la porzione, che il donatario ha dritto di conservare, eccede questa metà. Nel primo caso il donatario, conferisce l'immobile in totalità, salva l'indennità per quello, che gli dà la porzione disponibile; nel secondo caso conserva l'immobile in totalità, salvo a ricompensare i suoi coeredi (2).

1006. Abbiamo esposto il senso dell'artic. 924 tale, quale risulta dalla lettera e dallo spirito di questo testo, e dalla sua correlazione con gli articoli 844 e 859 (a). Niente è più semplice, più chiaro, e più logico (3).

Nondimeno non si potrebbe immaginare a quante forzate interpretazioni una disposizione così naturale ha dato origine. Sembrerebbe quasi, che quest'articolo 924 sia uno di quei celebri testi, de' quali si trovano degli esempi nel dritto romano, e che sono stati la croce degl'interpreti.

Così per esempio leggiamo in più di un libro, che l'art. 924 ha inteso di stabilire uno eccezione al principio, in virtù del quale la riduzione si opera sempre in natura (4). Ma chi non vede l'errore di questa intelligenza? Per lo contrario l'art. 924 intende, che la riduzione si faccia sempre in natura; nè cambia nulla a questa regola. Solamente prevedendo un caso tutt'affatto diverso, vuole, che la collazione possa non farsi in natura nell'ipotesi, che prevede. Non fa dunque eccezione alla regola della riduzione in natura, ma fa eccezione alla regola della collazione in natura.

1007. Altri hanno pensato, che l'artic. 924 concerna il caso dell'erede rinunziante (5). Invece è tutto il contrario, ed è fatto precisamente pel caso di un erede accettante, donatario per precapienza. Se si è curioso, si possono vedere altri sforzi d'interpretazione nei signori Duranton (6), Dalloz (7) ecc. ecc., sia per fissare il vero senso dell'art. 924, sia per coordinarlo con l'artic. 866. In quanto a noi crediamo inutile di arrestarci più lungo tempo su concepimenti, troppo chiaramente confutati dell'evidenza. L'art. 924 ha un senso preciso: non si occupa d'una eccezione alla legge della riduzione in natura, ma prevede una difficoltà relativa alla collazione in natura. Non porta la sua attenzione su di una riduzione della porziona disponibile, ma sibbene sulla ritenzione della legittima. In quanto all'art. 866 (b) quello, che prevede, è la riduzione da farsi sulla donaziona della porzione disponibile, ed applicando ad un immobile di difficile divisione la regola *major pars ad se trahit minorem*, vuole, che il donatario restituisca o conservi la totalità dell'immobile secondochè la porzione da detrarsi ecceda quello, che dovrà essere conservata, o le è inferiore.

Tal'è la verità: tutto il resto è di quelle immaginazioni, che potrebbero chiamarsi *aegri somnia*.

1008. Siccome le disposizioni degli articoli 844, 859, 866 e 924 (c) sono fondate su ragioni di uguagliaozo tra' figli, e che sotto questo rapporto si legano all'interesse pubblico, non è permesso al padre di derogarvi per testamento, e di forzare i suoi eredi del sangue a subire i vantaggi, che volesse fare in quanto alla natura de' beni ai figlio vantaggiato (8). Non potrebbe dipendere dallo volontà del padre di famiglia, che uno abbia i fondi buoni e l'altro i cattivi.

Il marchese di Netumiéres aveva legato ad uno de' suoi figli il quarto disponibile da prendersi nelle terre di Netumiéres e delle Rochers

(1) Art. 859 (*).
(2) Toullier, t. 5, n. 134, e 135.
(a) Articoli 763 e 778 delle Leggi civili. *Il trad.*
(3) Grenier, *Donaz.*, t. 4, n. 627. Toullier, t. V, n° 134 e 135.
(4) Lescot, t. 2, n. 518. Marcadé su 924, n. 1.

(*) 778 Leg. civ. *Il traduttore.*

(5) Malleville su 924; Delvincourt, t. II, p. 248, nota 9
(6) Tomo VII, n. 402.
(7) T. V, p. 436.
(b) 785 delle leggi civili. *Il traduttore.*
(c) Uniformi agli articoli 763, 778, 785, ed 841 delle Leggi civili. *Il traduttore.*
(8) Pothier, *Successioni*, cap. 4, art. 2, § 8, p. 191.

con facoltà di ritenere per sua parte ereditaria l'eccedente di queste terre, aggiungendo, che se con ciò vi era eccesso nella liberalità, il donatario avrebbe il dritto di conferire in contanti o col prendere meno, o anche scegliendo tra gli oggetti donati quelli, che non volesse conservare. La Corte di Rennes con arresto dei 21 di febbr. 1834 (1) ha pensato, che questa disposizione del testatore non poteva prevalere sulle disposizioni della legge, ed ha prescritto a' periti di non fare nulla, che fosse pregiudizievole agl' interessi de' riservatari.

1009. Ricard esamina una quistione prossima a questa (2). Consiste nel sapere, se il padre può ordinare, che certi donatari saranno dispensati dal contribuire alla legittima, e gravare gli altri di dare a' figli la loro porzione in corpi ereditari. Ricard si decide per l'affermativa, e la sua opinione dev'essere adottata, dapoichè vi è una grande differenza tra il caso precedente e quello, che in questo momento ci occupa. Nella prima specie si trattava di privare i figli de' corpi ereditari, che dovevano essere conferiti alla successione e di ridurli a contante; qui si tratta soltanto di sapere, se eglino potranno prendere la loro riserva su tal fondo piuttosto, che su tal' altro.

1010. Del resto osserviamo, che quando l'art. 924 limita il dritto di ritenzione al caso, in cui i beni sono della stessa natura, non esige che siano della stessa specie, campi per campi, prati per prati; basta, che vi sia immobile per immobile, benchè la coltura sia differente (3).

ARTICOLO 925 — (842).

Quando il valore delle donazioni tra vivi eccederà o uguaglierà la quota disponibile, tutte le disposizioni testamentarie saranno caduche (a).

SOMMARIO

COMENTARIO

1011. Quest'articolo è una conseguenza della preferenza data alle donazioni sulle disposizioni a causa di morte (4). È chiaro, che il donante avendo assorbito per mezzo di donazioni la quota disponibile, non lascia più nulla di disponibile alla sua morte, e che per conseguenza niuna delle sue disposizioni testamentarie può sussistere. Anche quando il legato fosse per la sua data anteriore alla donazione, non le farebbe verun ostacolo, perchè il legato non prende un carattere fisso, che in morte del disponente, sino a qual punto è soggetto alla volontà ambulatoria del testatore.

1012. Se le donazioni tra vivi, ch'eccedono la porzione disponibile, sono fatte a de' successibili, che si dichiarano eredi, e sono per conseguenza soggette a collazione, ne siegue, che l'art. 925 rimane senz' applicazione; perchè queste sorte di donazioni non sono riputate, che come donazioni fatte in anticipazione di eredità, e la collazione le rimette nella riserva, dalla quale sono considerate non essere mai sortite. D'altrondo questa specie di donazioni non diminuiscono in alcun modo la porzione disponibile, e conseguentemente il disponente è rimasto padrone di dare a questa quota del suo patrimonio la destinazione, che gli è sembrata conveniente. Ed in effetti le donazioni tra vivi non rendono caduche le disposizioni testamentarie, che in quanto queste donazioni costituiscono un impiego della porzione disponibile. Ma non possono produrre questo risultamento, quando sono imputabili sulla riserva, della quale hanno fatto godere i legittimari prima del tempo.

(1) Dalloz, 34, 2, 161.
(2) P. 3, n. 1127.
(3) Caen, 16 marzo 1839 (Dalloz, 39, 2, 198).

(a) Questo articolo corrisponde uniformemente all'articolo 842 delle Leggi Civili. *Il traduttore.*
(4) Art. 923 Codice Napoleone.

Digitized by Google

ARTICOLO 926 — (843).

Quando le disposizioni testamentarie eccederanno sia la quota disponibile, sia la porzione di questa quota, che resterà dopo di avere dedotto il valore delle donazioni tra vivi, la riduzione sarà fatta *pro rata* senz'alcuna distinzione tra' legati universali ed i legati particolari (a).

SOMMARIO

1013. Nelle disposizioni testamentarie la riduzione si fa per contributo

1014. Il Codice non distingue più come il dritto consuetudinario ed il dritto scritto tra' legati universali ed i legati particolari.

1015. Nell'art. 1009 il Codice stabilisce, egli è vero, una gerarchia tra' legati, ma solamente nel caso, in cui la legittima è pagata.

1013. Quest'articolo stabilisce la differenza, ch'esiste tra le donazioni tra vivi e le disposizioni testamentarie in quanto alla riduzione. Le prime non sono riducibili per contributo, come lo dice l'art. 923 (b); le donazioni, che hanno la data più recente, aubiscono la riduzione sino a che la riserva è compiuta. Ma non è così de'legati, giacchè essi hanno tutti la medesima data, la morte del defunto. Epperò fanno tutti una breccia alla quota riserbata, e debbono essere ridotti per contributo proporzionale senza distinzione di legati universali e particolari.

1014. Non era lo stesso ne' paesi consuetudinari, ove si considerava il legato universale come donazione del residuo de' beni, soddisfatto ogni peso. E siccome per conseguenza di questa idea il legatario universale era gravato di pagare i legati particolari, ne seguiva, che la riduzione si faceva su' legati universali prima di colpire i legati particolari, i quali dovevano solamente contribuire in sott' ordine (1).

Ne' paesi di dritto scritto si seguiva una dottrina tuttaffatto differente, e vi si aveva per certo, che i legati particolari dovevano essere esauriti prima de' legati universali (2). Era questa una conseguenza del rispetto del dritto romano per l' instituzione di erede, rispetto, che aveva fatto emanare la legge falcidia.

Si vede, non avere il Codice Napoleone adottato nè il favore del diritto consuetudiario pe' legati particolari nè il favore del dritto romano pel legato universale. Mette tutt' i legati nella stessa linea, salva la volontà del testatore, che troviamo pienamente riserbata dall'art. 927 (c); ma vuole, che siano ridotti *pro rata*.

1015. È vero, che giusta l' art. 1009 (d) il legatario universale è tenuto di pagare i debiti ed i legati particolari, ma il Codice Napoleone non conservando questa regola del dritto consuetudinario, non trae in quel, che concerne il nostro caso, la stessa conseguenza di quello. Sicchè la legittima non è del tutto pagata, il Codice non fa distinzione tra' legati, e li considera tutti come uguali. Solamente quando la legittima è fornita nella totalità, stabilisce una gerarchia tra' legati, ed il legato universale resta gravato del peso de' legati particolari. Prima di questo momento la legittima grava tutta la massa donata, ed è un debito privilegiato, che affigge ciascuna delle sue parti (3).

ARTICOLO 927 — (844).

Nondimeno in tutti i casi, in cui il testatore avrà espressamente dichiarato, che intende, che un tale legato sia soddisfatto in preferenza degli altri, questa preferenza avrà luogo, ed il legato, che ne sarà l'oggetto, non sarà ridotto, che in quanto il valore degli altri non compirà la riserva legale (c).

SOMMARIO

1016. Il testatore è libero di opporre alle liberalità testamentarie la condizione, che gli sembra la migliore.

1017. Basta, che la sua volontà di preferire tal legato a tal'altro non sia dubbia, senzachè sia necessario di essere espressamente dichiarata.

(a) Questo articolo corrisponde esattamente all' art. 843 delle Leggi Civili. *Il traduttore.*
(b) 840 delle Leggi Civili. *Il traduttore.*
(1) Ricard, p. 3, n.1109. 1110. Lebrun, 2, 3, 8, n.3.
(2) Osservazioni del Tribunato (Fenet, t. 12, p. 449).
(c) 844 delle Leggi Civili. *Il traduttore.*
(d) 935 delle Leggi Civili. *Il traduttore.*
(3) Grenier, n. 622.
(c) Questo articolo è riprodotto dall' articolo 844 delle nostre Leggi Civili. *Il traduttore.*

Digitized by Google

COMENTARIO

1016. Qui si mette naturalmente una eccezione all' articolo precedente fondata sulla volontà del testatore, dapoichè questi nel fare delle liberalità è padrone di apporvi le condizioni, che giudica convenevoli (1).

1017. Ma è forse necessario, che la preferenza, di cui parla il nostro articolo, sia espressamente dichiarata dal testatore? Io non lo credo in una maniera assoluta. Sebbene le preferenze tacite non debbono essere ammesse facilmente, nonpertanto quando la volontà del testatore le indica per modo da non potersi dubitare, la ragione vuole, che siano accettate. I termini sacramentali non sono ammessi nel nostro dritto (2), e quel, ch' è nel fatto, ha la stessa forza di quello, ch' è nelle parole (3).

Per esempio il legato, ch' è fatto in forma di restituzione, dev'essere soddisfatto in preferenza degli altri; perchè se il testatore dovesse realmente, il legato non sarebbe un dono; e se non dovesse, col dare al suo legato il colore d'una restituzione, ha sufficientemente dichiarata la sua volontà di farlo soddisfare con preferenza (4).

Così ancora un legato, che un padre fa ad uno de' suoi figli con la clausola espressa, di essere destinato a tenergli luogo di legittima, importa una preferenza necessaria sugli altri legati, anche quando il figlio fosse stato soddisfatto della sua legittima con altri beni donati tra vivi. In simile caso se le espressioni del testatore non sono perfettamente esatte, provano almeno, avere voluto il testatore, che tal legato passasse prima degli altri (5) (a).

Articolo 928 — (845).

Il donatario restituirà i frutti di quanto eccederà la porzione disponibile, dal giorno della morte del donante, se la dimanda di riduzione è stata fatta nell'anno; altrimenti dal giorno della dimanda (b).

SOMMARIO

1018. Non vi è legittima completa senza i frutti percepiti dopo la morte. Nulladimeno la legge esige, che la dimanda sia intentata nell'anno, nell'anno per fare decorrere i frutti dal giorno della morte, è di dritto scritto.
1019. Differenza tra'frutti della cosa soggetta a collazione ed i frutti della cosa soggetta a riduzione.
1020. L'obbligazione d'intentare l'azione di riduzione
1021. Quest'azione intantata contro del donatario riflette i terzi acquirenti de' beni donati?
1022. Il donatario relativamente a'frutti, che deve restituire al legittimario, non è altro, che un semplice debitore di cose mobili.

COMENTARIO

1018. La donazione non essendo valida, che per l' equivalente della porzione disponibile, ne siegue, che tutto quello, che resta di questa porzione rientra nella successione dal giorno della morte per l' effetto dello scemamento legale, che si opera di pieno dritto. Per conseguenza i frutti della porzione restituita debbono essere ugualmente restituiti dal giorno della morte. Per principio la legittima è dovuta con tutt' i frutti percepiti da coloro, che ne sono debitori (6); non vi è legittima completa senza i frutti scaduti dopo la morte.

Tale pure era la regola nell' antica giurisprudenza, ed era essenziale e fondamentale.

Tuttavia l'art. 928 fa dipendere il decorrimento de' frutti da una condizione, che non esisteva nell'antica giurisprudenza. Vuole, che

(1) Discussione nel consiglio di Stato. (Fenel, t. XII p. 350) Ricard, p. 3, n. 1113.

(2) Lione, 17 aprile 1822 (Dalloz, 24, 2, 32). Rennes, 21 febbraro 1834 (Dalloz. 34, 2, 161).

(3) Cassazione, ricorsi 1830 (Dalloz, 30, 1, 58).

(4) Merlin, Repertorio, v. *Legatario*, § 6, art. 24 Toullier, t. V, n. 160.

(5) Parigi, 12 marzo 1806 (Devill., 2, 2, 122).

(a) Nonpertanto bisogna essere molto circospetto nell' ammettere la preferenza, ricavandolo dalla volontà presunta del testatore. La legge dice *espressamente*, e quando il significato di questo avverbio non si voglia circoscrivere al senso della parola, è d' uopo almeno, che non si possa in veruno modo dubitare della volontà del testatore, e che questa, comunque non espressa sia non però del pari chiara e certa. Tale era nel primo dei due casi riferiti nel testo. *Il traduttore.*

(b) Quest' articolo è del tutto simile all'artic. 845 delle Leggi Civili. *Il traduttore.*

(6) Pothier, *Donaz.*, *tra vivi*, sez. 3, art. 5, § 6, *in fine*. Furgole, quaest. 37 Lebrun, 2, 3, 2, n° 1, e seg. Merlino, *De legitima*, l. 2, t. 1, quaest. 1, n. 3, dice: « *Legitima debita intelligitur una cum omnibus illius fructibus ab herede perceptis a die mortis testatoris... Nunquam stare potest legitima sine fructibus. Et ratio, quia legitima est ius universale, et propterea fructus eam augent.* » *Videtiam* n. 20.

la riduzione sia domandata nell'anno, affinchè i frutti decorrono retroattivamente dal giorno della morte.

Che se questa condizione non sarà adempita, i frutti saranno dovuti solamente dal giorno della dimanda, perchè allora il donetario è riputato di avere goduto di buona fede sino al giorno, io cui la domanda l'ha istituito, e questa buona fede può servirgli di titolo per la percezione de' frutti. Con ciò il Codice Napoleone ha modificato l'antico dritto, che voleva, che i frutti fossero dovuti malgrado la buona fede del possessore (1).

1019. Qui si vede una differenza tra' frutti della cosa soggetta a collazione ed i frutti della cosa soggett' a riduzione. I frutti della cosa soggett' a collazione sono sempre dovuti dal giorno dell'apertura della successione (2). Si applica di una manier' essoluta la massima: « *Fructus augent haereditatem.* » Ma i frutti della cosa soggetta a riduzione non sono dovuti a contare dal giorno della morte, che sotto la condizione espressa dall' articolo 928.

La ragione di questa differenza è, che l'erede soggetto a collazione conosce il valore del suo titolo, e non può ingannarsi sulle obbligazioni, che gl' impone. Al contrario il donatario, ch' è passibile, soltanto di una semplice riduzione, può igoorare, ed ignora il più delle volte, l' obbligazione, in cui è, di soggiacere ad una riduzione, la quale dipende dall'insufficienza d' una successione, le cui forze gli sono ignote.

1020. L'obbligazione d' intentare l' azione di riduzione nell' anno è di dritto stretto, nè il legittimario sarebbe scusato dicendo di avere ignorata la morte. L' erede legittimario è così intimamente legato al defunto da' legami di famiglia, che non è facile di supporre, che abbia ignoreto per più di un anno la morte d'una persona cara. In tutt' i casi la legge ha voluto vegliare agl' interessi de' donatari di buona fede. Non bisogna, che la liberalità, che loro è stata fatta, divenga per essi l' occasione d'una rovina; il che non mancherebbe di avvenire, se si ammettessero delle dimande tardive (3).

1021. Ora bisogna fare un passo dippiù, e vedere se l' azione di riduzione, intentata nell' anno contra del donatario; riflette sul terzo detentore, che ha comprato da lui i beni donati.

La negativa è generalmente ammessa (4). Il legittimario, che vuole premunirsi contro del terzo, deve del pari dirigere la sua azione contra il terzo detentore, e relativamente a quest' ultimo non ha dritto a' frutti, che dal giorno della dimanda. L' art. 928 parla solo del donatario, nè lo si potrebb' estendere al di là. I terzi detentori debbono essere garentiti contro de' ricorsi nocivi alla proprietà e funesti per le persone di buona fede. Epperò per rispetto a loro il legittimario deve rimanere nel dritto comune. Or il dritto comune è, che il terzo di buona fede fa i frutti suoi, e che li deve soltanto dal giorno della dimanda (5).

1022. Il debito de' frutti costituisce a favore del legittimario un credito personale ed ordinario. Non ha dritto di esigere, che il donatario gli abbandona in pagamento una porzione dell' istess' immobile. Veramente un erede, che promuove una divisione contra del suo coerede, può dimandare, che gli siano abbandonati degl'immobili a titolo di restituzione di frutti ereditari percepiti a suo pregiudizio. E la ragione si è, che il coerede ha goduto per l' eredità e non per lui solo, il che agg unge molta forza alla regola: *fructus augent hereditatem.* Al contrario il donatario ha goduto per sè stesso ed in virtù del suo titolo esclusivo (6).

Si può opporre a questa decisione, che i frutti della legittima non sono dovuti *ratione morae*, ma che sono dovuti *jure dominii*, *seu usus rei debitae* (7); che come i giureconsulti hanno detto: *fructus augent hereditatem*, hanno detto: *fructus augent legitimam* (8). Questo punto è incontrastabile, ma non vieta, che il donetario abbia goduto di una maniera esclusiva e per suo proprio conto, a che non sia, che un semplice debitore di cose mobili e non di cose immobili. Il quale godimento esclusivo diversifica soprattutto questo caso da quello dell'erede, che ha goduto per l'eredità e per tutt' i suoi coeredi.

ARTICOLO 929 — (846).

Gl' immobili da ricuperarsi per effetto della riduzione saranno liberi da' debiti e dalle ipoteche create dal donatario (a).

(1) Merlino, *loc. cit.* n. 30.
(2) Art. 856 Cod. Napoleone (a).
(3) Delvincourt, t. II p. 245, nota 4. Dalloz, t. V, p. 457, n. 58. Coin-Delisle sull' art. 928, n. 4. Lescot, t. 2, n. 351.

(a) 773 delle Leggi Civili. *Il traduttore*

(4) Merlino, 2, 1, 1, n. 36. Lebrun, 2, 3, 12, n. 16. Grenier, t. 4, n. 633. Duranton, t. 8, n. 376. ecc.
(5) *Contra*, Delvincourt, t. II, p. 246, nota 5.
(6) Poitiers 27 gennaio 1839 (Dalloz, 39, 2, 203).
(7) Merlino, 2, 1, 1, n. 25.
(8) Id., 2, 1, n. 30.
(a) Corrisponde all' art. 846 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

Digitized by Google

SOMMARIO

COMENTARIO

1023. Siccome il dritto del donatario si risolve *ex causa antiqua et primaeva*, vale a dire in virtù di una causa inerente nello stesso titolo della donazione, ne siegue che i pesi imposti dal donatario sulla porzione distaccata, che le ipoteche da lui concedute, che le servitù, delle quali l'ha gravata, cadono per effetto della riduzione. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Il riservatario non deve risentire alcun pregiudizio per questi pesi; senza di che la sua legittima non sarebbe intatta e la riduzione non produrrebbe le sue legittime conseguenze. Vedremo nell'articolo seguente, che le alienazioni fatte dal donatario sono del pari risolvibili per l'azione del leggittimario.

1024. Questo principio è rigoroso pei terzi, ma il contrario sarebbe pure più rigoroso pei figli. I terzi hanno potuto premunirsi. Il titolo delle donazioni li ha avvertiti, ed hanno potuto sapere quanto di fragile vi era nel pegno, che è stato loro offerto. Per lo contrario i figli non hanno potuto prendere veruna precauzione, e la legge è giusta nell'assicurare loro lo esercizio intiero del loro dritto.

1025. Nondimeno bisogna convenire, che la situazione dei terzi diviene imbarazzantissima, quando la donazione è fatta sotto forma di contratto oneroso, e che per conseguenza sono stati autorizzati a vedere nell'acquirente apparente un proprietario,il cui dritto non era limitato. Bisogna assimilare coloro, che hanno ricevuto le loro ipoteche da questo acquirente apparente, ai creditori che hanno consentito di basare il loro pegno su di una cosa apertamente donata? Non varrà nulla la loro buona fede, fondata su di un possesso certo, e sopra titoli non contradetti? Si vede, che il credito privato è ferito da questa assimilazione, e si sono cercate delle ragioni di dritto per farla svanire.

Si è detto; una frode è stata commessa; il donante è il principale colpevole, ed i terzi di buona fede, che ne sono vittima, hanno il dritto di rimproverarla ai suoi eredi, responsabile dei suoi fatti. Eglino dunque opporranno una irrecettibilità insormontabile alla loro azione di ridazione. E questo è stato giudicato da un arresto della Camera dei ricorsi dei 16 di dicembre 1826 a rapporto del signor Pardesus (1).

Ho criticato altrove questo arresto (2) con una vivacità, che trovo troppo grande, ma per delle ragioni, che mi sembrano adesso anche buone. Gli articoli 929 e 2125 del Codice Napoleone (a) sono talmente generali ed assoluti; proclamano così energicamente la regola, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, che non è possibile, di rinserrarsi nella buona fede dei terzi per portarvi un'eccezione. Che la donazione sia diretta, che sia indiretta e simulata, che cosa importa ai riservatari? Sono eglino meno frustrati nel dritto, che tengono dalla natura? Forse perchè il torto, che loro è stato fatto, è stato praticato più abilmente, deve essere più difficile di averne la riparazione? Si obietta, che la frode dei loro autori deve ricadere su di loro e non sui terzi, che ne soffrono ingiustamente. Io non adotto questa ragione, perchè i figli sono così terzi come le persone più estranee per fare cadere tutti gli atti, che attentano alla loro legittima. Il dritto della legittima lo tengono dalla natura e non dal defunto; sono armati dalla legge di tutti i mezzi per farlo rispettare, malgrado gli atti quali si siano del loro padre e così bene come se fossero *penitus extranei*. E non perchè il loro padre ingannato, deviato, ha avviluppato in mezzi tortuosi il pregiudizio, che loro ha cagionato, debbono eglino trovarsi impacciati nella libertà della loro azione. Si pretende che i terzi sono più favorevoli dei figli, perchè i primi *certant de damno vitando*, mentre gli ultimi *certant de lucro captando* (3). Ma niente è più falso. I figli sono creditori della loro legittima; la legittima è il più sacro di tutti i debiti, e quando privati di questo dritto della natura, agiscono per la riparazione di questa ingiustizia, *certant de damno vitando* (4).

1026. Del resto riconosco, che nella specie giudicata dalla Corte di Cassazione vi erano

(1) Dalloz, 27, 1, 95, 96. Devill., 8, 1, 486.
(2) Il mio comm., delle *ipoteche* t. 2, n. 468 *bis*.
(a) L'art. 2125 del Codice Napoleone corrisponde all'articolo 2011 delle Leggi civili. — *Il traduttore*.
(3) Dalloz, *loc. cit.*
(4) Furgole, quest. 37, a. 26, e quest. 10, n. 23.

delle circostanze attenuantissimo. L'azione di riduzione era stata intentata assai tardi; si era lasciato godere l'acquirente apparente per parecchi anni senza disturbarlo, senza restituire al di lui titolo il suo vero carattere lucrativo; di talchè poteva esservi da parte dei legittimari una negligenza dei loro dritti, che aveva potuto dare ai terzi la confidenza di essere tutto sincero nel possesso di colui, col quale contrattavano. Ma da parte questi fatti particolari, che danno all'arresto in quistione il colore di un arresto speciale, sostengo, che l'articolo 929 non fa distinzione, che si applica alla donazione occulta come a quelle patenti e dirette, e che il legittimario non deve soffrire per l'accrescimento di scaltrezza, che è stata adoprata per ingannarlo (1).

Articolo 930 — (847)

L'azione di riduzione o revindicazione potrà essere esercitata dagli eredi contro i terzi detentori degl'immobili, che fanno parte delle donazioni, ed alienati da' donatarii nella stessa maniera e con lo stesso ordine, che contro gli stessi donatarii, e fatta prima la discussione de' loro beni. Quest'azione dovrà essere esercitata secondo l'ordine delle date delle alienazioni, cominciando dalla più recente (2) (a).

SOMMARIO

1027. Dell'azione detta: *Personalis in rem scripta.*
1028. Perchè quest'azione non è recettibile, che dopo precedente discussione de'beni de'donatari?
1029. L'art. 930 esigendo questa discussione, porta eccezione alla regola, che la legittima deve pagarsi in corpi ereditari.
1030. Le condizioni dell'art. 2023 non sono richieste per questa discussione.
1031. Il terzo acquirente può offrire al legittimario una somma di denaro invece de' corpi ereditari, che detiene.
1032. Il legittimario è obbligato di osservare nella sua discussione relativamente a' terzi detentori l'ordine delle donazioni, risalendo dalla più recenti alle più antiche.
1033. Il terzo detentore può invocare la prescrizione di 30 anni da decorrere dalla morte del donante.
1034. Perchè non potrebbe prescrivere con dieci anni con titolo e buona fede.
1035. *Quid* relativamente alla prescrizione, se il donatario non avesse venduto la cosa donata, se non dopo la morte del donante?

COMENTARIO

1027. L'articolo 930 ci conduce al caso, in cui il donatario ha alienato i beni donati e soggetti a riduzione. Quello, che abbiamo detto, commentando l'articolo precedente, fa presentire la soluzione di questa seconda quistione. L'erede riservatario ha un'azione di riduzione o di rivendicazione contro i terzi detentori, la quale azione è di quelle, che si chiamano in dritto, *personalis in rem scripta* (3). Si esercita contro dei terzi, e perseguita nelle loro mani le cose ereditarie (4). Su questo punto gli acquirenti non potrebbero essere di migliore condizione dei loro autori (5).

1028. Tuttavia non è ammessibile, che quando il legittimario ha discusso precedentemente i beni dei donatari, e che non ha trovato di che pagarsi (6). Questo temperamento è equo, perciocchè non bisogna turbare senza necessità dei possessi acquistati, ed i donatari debbono servire di baluardi ai terzi, che hanno acquistato di buona fede. Epperò debbono essere escussi anche nei loro beni personali (7).

La vendita può avere esauriti tutti i beni donati; il prezzo, che l'acquirente ha pagato, rappresenta nelle mani del suo venditore un valore, che deve essere perseguitato prima di essere inquietato.

1029. Invano si direbbe, essere la legittima una quota dell'eredità, ed i legittimari aver dritto a tutti gli effetti ereditari. Vi è del vero in questa obbiezione, ma la legge non ha voluto spingere sino al *summum jus* i privilegi della legittima. In regola generale ed in equità non si soffre, che il legittimario dimandi lo smembramento dei beni a fin di avere una porzione di ogni oggetto. La legittima è un peso della eredità e non già di ogni effetto in particolare;

(1) *Aggiungi* Torrible, Rep., *Hip.*, sez. 2, § 3, art. 3 n. 5. Bay-Mouillard *su Grenier*, t. 4, n. 629. Coin-Delisle sugli articoli 929, 930, n. 16. Vazeille su 929, n. 2, Leseot, t. 2, n. 557.

(2) Furgolo sull'ordinanza del 1731, art. 34. Pothier, *Donaz.*, p. 326.

(a) Questo articolo è uniforme all'articolo 847 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(3) Merlino, *De legitima* 5, 4, 6, n. 2. Peregrino *De fideic.*, art. 36, n. 153. Duplessis, t. 1, p. 206.

(4) Bourjon, t. 1, p. 881, n. 77. Duplessis, *loc. cit.*

(5) L. 32, § 1, D., *Ad S. C. Vellei.* Furgolo, *loc. cit.*

(6) Lebrun, 2, 3, 12, n. 16, cita un arresto del Parlamento di Tolosa, che così decide, e che è riportato da Papon lib. 20, t. 7, an. 8. In quanto a lui respingeva il benefizio dell'escussione, ma a torto. Furgole *loc. cit.*

(7) Il tribuno Jaubert (Fenet, t. 12, p. 592).

Digitized by Google

ed il legittimario deve essere soddisfatto, quando trova, prima in potere dell' erede e poi dei donatari dei beni ereditari sufficienti per essero pagato (1). Ecco una prima verità, ohe è incontrastabile. Ma bisogna andare più oltre; bisogna dire, che per salvare il terzo detentore da un ricorso rovinoso pel credito e per sè stesso il legittimario deve contentarsi dei beni di qualsivoglia natura, che l' escussione gli fa trovare nelle mani del donatario invece dei beni ereditari (2). È questa una eccezione alla regola, che la legittima deve pagarsi in corpi ereditari.

1030. L' escussione, di cui è quistione nel nostro articolo, non è soggetta alle condizioni dell'art. 2023 del Codice Napoleone (a). Epperò deve l' erede poggiare la sua azione contra il terzo detentore su di una precedente escussione; il terzo detentore non è obbligato all'anticipazione delle spese, nè la escussione è limitata a' beni situati nella giurisdizione della Corte di appello (3).

1031. Quando l' escussione non ha prodotto nulla, l' acquirente deve subire l' azione reale del legittimario, e rassegnarsi alla riduzione o allo spossessamento.

Ma come il donatario esonera l' acquirente, pagando invece della cosa, che non ha più, una somma di denaro rappresentativa di questa cosa, ne segue, che l' acquirente può anche offrire al legittimario una somma di denaro invece del fondo ereditario (4). Questi sono due punti, che si legano intimamente. Non è egli vero, che il riservatario avrebbe dovuto trovarsi contento, se il donatario gli avesse pagato il valore estimativo de' beni alienati? E perchè mai non sarebbe soddisfatto, quando il terzo detentore gli offra questo stesso valore?

1032. I legittimari non potendo attaccare le donazioni anteriori, che dopo di aver esaurite le donazioni posteriori, ne siegue, che dovranno seguire il medesimo ordine nelle loro azioni contro i terzi acquirenti. Per lo che dapprima bisognerà escutere l'ultimo donatario ed i suoi acquirenti; poi, se la legittima non è compita, si ricorrerà contra il precedente donatario e suoi acquirenti per quello, che manca, e così di seguito risalendo sino a che la legittima sia completa (5).

1033. Del resto la prescrizione di 30 anni mette il terzo detentore al coperto dell' azione del legittimario (6). Ma è da rimarcare, che questa prescrizione non corre in vita del donante (7), dapoichè il legittimario non ha azione sino a che la successione del donante non è aperta; l'apertura della successione fa nascere l' azione (8).

È vero, che il figlio ha in vita di suo padre un dritto naturale su' suoi beni per la sua legittima. La glossa dice benissimo: *Hoc erat debitum antequam moreretur testator* (9). Ma questo dritto è piuttosto passivo, che attivo, sinchè il padre non è morto. Come il figlio avrebbe il dritto di agire in vita di suo padre senza mancare a quest' ultimo, senza rendersi colpevole d' irriverenza? Esiste un arresto de' 19 di dicembre 1583, che obbligò un figlio a dimandare perdono a suo padre per avere preteso da lui una legittima (10).

1034. Il terzo detentore non troverebbe maggiore sostegno nella prescrizione decennale con titolo e buona fede. Alla ragione, che abbiamo data, e che tragghiamo dalla regola *contra non valentem agere non currit praescriptio*, bisogna qui aggiungere, che l' acquirente ha dovuto sapere, che il patrimonio del padre, d' onde l' immobile procede, era inalienabile a titolo gratuito sino alla concorrenza della legittima. È in colpa « di non essere entrato nel « difetto del titolo del suo venditore (11) » (b).

1035. Ma che si dovrebbe decidere, se il donatario avesse venduto soltanto dopo la morte del donante? Il terzo detentore, che avesse titolo e buona fede, potrebbe opporre la prescrizione di dieci anni?

Bourjon si pronunzia per la negativa. » Il « terzo detentore, egli dice, deve imputare a « sè stesso di avere acquistato da colui, che « non poteva vendere tutto il fondo, che gli « vendeva, e la cui proprietà nella persona di « questo venditore non era incommutabile, non « potendo alienarne, che una parte, onde restasse quanto era necessario per fornire la « legittima a coloro, che avessero dritto di di« mandarla (12). »

Quest' opinione è troppo severa, ed oblia troppo i principi; perciò non potrebb' essere seguita (13). Dopo l'apertura della succesione

(1) Forgole sull' art. 34 dell' ord. *delle Donazioni*.
(2) Grenier, t. 4. ni 630 e seg. Toullier t. V, n. 152, Duranton, t. VIII, n. 374, ecc.
(a) Articolo 1895 delle Leggi civili. *Il traduttore.*
(3) Bayle-Mouillard, t. 4, n, 671.
(4) Bayle-Mouillard t. 4, n. 631. Duranton, t. VIII, n 373. Zachariae, t. 5, p. 174. 175. Lescot, t. 2, n. 566.
(5) Furgole, sull' art. 34 dell' ordin. *delle Donazioni*.
(6) Duples is, *loc cit.*
(7) Id.
(8) Lebrun, 2, 3, 12, ni 4, 5 e seg. *Aggiungi* Ricard, p. 1, n. 1005. Zachariae, t. V, p. 179.
(9) Sull' autent., 1, *De haered. et falcid.*
(10) Lebrun, *loc. cit.* n. 8.

(11) Lebrun, *loc. cit.* n. 12.
(b) Ciò vale pel caso, in cui l'acquirente ha conosciuto il titolo del suo autore. (V. la nostra nota alla pag. 327). Ma se questa pruova manca, la prescrizione decennale avrebbe luogo, porchè si può comprare senza conoscersi il titolo, per lo quale possiede il venditore, e questa oscitanza non è di ostacolo alla prescrizione decennale, se concorre la buona fede, la quale sempre si presume. Però la prescrizione comincerebbe a decorrere solamente *a die natae actionis*, vale a dire dal giorno della morte del donante. (V. il n. seguente). *Il trad.*
(12) T. 1, p. 881, n. 77.
(13) Art. 22. 63. Grenier, t. 4, n. 652. Duranton, t. VIII, n. 369. Zachariae, t. V, p. 179.

Digitized by Google

il figlio ha potuto agire. Perchè è rimasto nell'inazione per 10 e 20 anni? Qui supponiamo, che l'acquirente è di buona fede; e per certo si concepisce benissimo, che ha potuto ignorare il vizio della cosa (1), e credersi proprietario sotto l'egida del suo titolo (2). D'altronde la buona fede si suppone sempre (3), e può essere qui tanto più verosimile, che l'acquirente, contrattando col donatario di un uomo morto nel momento dell'acquisto, ha potuto credere secondo le circostanze, che la sua successione era divisa, e che i suoi figli erano soddisfatti della loro legittima. Ora in simile caso l'ignoranza del compratore è più favorevole della negligenza del legittimario (4).

(1) Il mio comment. della *Prescrizione*, t. 2. n.i 923, e seg.
(2) Id., n. 927.
(3) N. 929.
(4) V. il mio comm. della *Prescrizione* n. 519.

NOTA DEL TRADUTTORE

Una terza seziona *Della diredazione* termina nelle nostre Leggi civili questo Capitolo *Della porzione disponibile e della riduzione*. Osserveremo dapprima, che sarebbe stato più esatto d'intitolare il Capitolo *Della porzione disponibile, della riduzione e della diredazione*, ma quando il Capitolo venne approvato, s'ignorava se vi sarebbe stata o pur no una diredazione.

E difatti tanto nella Camera di Grazia e Giustizia dell'abolito supremo Consiglio di Cancelleria, quanto nello intiero Consiglio il Consigliere Magliano sostenne non doversi dare luogo alla diredazione, ed in linea di transazione proponeva, che la diredazione togliesse almeno la sola metà della legittima.

Disse nella Camera di Grazia e Giustizia, che uomini non educati alla fatica, privati de' mezzi di sussistenza, divengano perniciosi o a carico del pubblico. Nè a ciò si ripara cogli alimenti, perchè nel caso, che abbiano figli, costoro come vivranno? — Che il risentimento contro de' figli cessa nell'atto di morire, quando si chiede perdono a Dio delle offese assai più gravi di quello ricevuto; ed intanto si vuole prendere vendetta con togliere i mezzi di vivere ai figli. Se vuoi essere perdonato, perdona: se vuoi godere della vita, non devi togliere i mezzi alla vita. — Che i padri in vita non hanno, che il semplice dritto della correzione da usarsi col soccorso dei Magistrati, ed in morte poi possono avere la facoltà di punire con pena perpetua i loro figli?

E nell'intiero Consiglio soggiunse:

« Il privare totalmente i figli della legittima si oppone dal pari alla politica ed alla morale cristiana. Alla politica, perchè uomini non educati alla fatica, ridotti all'indigenza, diverranno funesti a' loro concittadini. Nè a ciò si ripara co' semplici alimenti. Oltre le liti per esigere, oltre la difficoltà di convenire *pro rata* gli eredi, difficoltà, che cresce e si suddivide con la morte di ciascun erede, avvi pure, che un coerede dissipatore può vendersi tutta la sua quota, ed i beni non debbono trasmettersi con un peso, che non è reale, ma personale. E che sarà poi degl'innocenti figli del diredato, se gli alimenti finiscono con la vita del padre colpevole? »

« Si oppone alla morale cristiana, poichè si dà sfogo per ordinario a tal vendetta sul punto di morire, quando è momento d'implorare perdono da Dio per offese ben più gravi di quello ricevuto. Si rammenti l'aureo passo di S. Agostino riportato da Cesare Costa (lib. 3 *variarum ambiguitatum juris*, *cap.* 23) e da Graziano, il quale al dire di Dante,

« *Aiutò l'uno e l'altro foro.*

« Siffatto passo è così espresso: *Quicumque vult, exhaeredata filia, haeredem facere ecclesiam, quaerat alterum, qui suscipiat, quam Augustinum.*

« Chi vuole godere della vita, non deve togliere i mezzi della vita a' propri figli. Nè poi i genitori sono privi di colpa per quella cattiva educazione che d'ordinario produce la dissolutezza de' figli. »

« Che fra le cause della diredazione quasi niuna merita una perpetua prigionia. Eppure il prigione riceve gli alimenti, mentre il diredato senza mezzi, onde vivere, è condannato ad una morte continua. Ma i genitori si risponde, non abuseranno di questa facoltà! Ciò prova troppo, e con questa induzione potrebbe ripristinarsi anche l'antico barbaro dritto romano *vitae et necis*. La legge non è già scritta pe' giusti ma per gl'ingiusti. Quando non si voglia conservare l'abolizione della diredazione secondo la legge attualmente in vigore, sarebbe men dura cosa di accordare a' genitori di privare i discendenti della sola metà della legittima per le cagioni nell'articolo espresse. Sarà questa una punizione sufficiente a mantenere ne' figli il rispetto verso i loro genitori senza privarli intieramente dei mezzi, onde vivere. »

Ma il Consigliere Pasqualini aveva nella Camera di Grazia e Giustizia sostenuta l'opinione contraria. Aveva egli detto.

« I Greci e gli antichi Romani conoscevano anche l'*abdicazione*. Il padre di famiglia ricevendo qualche ingiuria dal figlio lo chiamava innanzi il Magistrato, e dopo essersi provata la causa, lo spogliava delle vesti, e lo bandiva da sè: ed erano tale l'effetto, che il padre non era più tenuto di alimentare il figlio, nè qualche altro lo poteva ricevere senzachè sembrasse di ledere lo Stato. Questo era il modo, come i popoli antichi discacciavano dal loro cospetto i figli discoli ed indegni.

« Raddolciti i costumi, Roma sbandì l'*abdicazione*, e ritenne la diredazione la quale era tassativamente circoscritta a certi casi, e non toglieva gli alimenti al diredato. Questo dritto è nell'essenza della patria potestà, e non deriva nè dal domestico impero, nè da' famosi domestici giudizi; ma sibbene dal dritto, che deve avere ogni padre di famiglia di potere punire quel figlio, che lo ha ingiuriato, battuto, negati gli alimenti ecc. ecc., punizione, che non può essere limitata dal legislatore. La patria podestà nel decennio fu molto depressa, conviene rialzare il suo edifizio. Da questa dipende l'educazione della nazione, ed il bene, felicità, e moralità della stessa. »

« Seneca (nel libro primo, *De clementia*, cap. 14) trattando l'identico argomento, così si spiega: *Numquid aliquis sanus filium ad primam offensam exheredat? Nisi magnae et multae injuriae patientiam evicerint, quam quod damnat non accedit ad decretorium stilum. Multa ante tentat, quibus dubiam indolem et pejore loco jam positam revocat: simul deploratum est, ultima experitur.* Non bisogna quindi diffidare del cuore di un padre, che non diviene a

Digitized by Google

« questi castighi, se non dopo di avere conosciuta la « depravazione intera del figlio, ed in questo caso è « utile, che la società sia avvertita, e stia guardi- « gna di soggetto così vile ed abominevole. »

Il Consigliere Sollima sostenne la stessa opinione nel Consiglio intiero.

« Avvi, egli disse, un rigore autorizzato anche delle « leggi divine. Quel figlio, che giunge all'eccesso di « spingere l'empie mani sul padre, è un mostro nella « società! Il Patriarca aveva detto altre volte di scac- « ciare dalla famiglia chi ne turbasse l'ordine e la « pace. Ogni genitore è un patriarca nella mura do- « mestiche. Quale presso i Romani sia stata l'auto- « rità paterna, sarebbe qui superfluo il ripetere. Oggi « se il padre non è autorizzato dalla legge a punire « in qualche modo il figlio snaturato, nell'attuale cor- « ruzione de'costumi si vorrà a garantire l'empietà e « la licenza. Ma i padri abuseranno di questo dritto? « E chi può crederlo. Non è forse risaputo, che i ge- « nitori lungi di procedere rigorosamente nell'aduca- « zione de' figli sogliono molto coso dissimulare, per « cui Terenzio, sommo conoscitore del cuore umano, « fa dire a Cremete nell'Andria:

« *Pro peccato magno paulum supplicii satis est* « *patri.* »

« In effetti quanti genitori offesi hanno diredato si- « gnorn i propri figli? Quale avvocato ha difeso simili « cause nel Foro? E come risponderemo a chi vi dirà: « Voi avete tolto a' genitori ogni giurisdizione, vo- « lete usurpar loro anche il dritto di punire con l'in- « teresse? Ma il figlio diredato sarà un mendico.—Be- « ne sta. Che trascini nella miseria la rimembranza « de' falli commessi. — Ma il bisogno lo spingerà al « delitto — Le leggi lo puniranno; servirà di esem- « pio a' figli malvagi. »

La Camera di Grazia e Giustizia aveva ritenuta la diredazione: il Consiglio si uniformò al parere della Camera. Così la diredazione fu ammessa in massima, e ne venne l'art. 848 delle Leggi civili:

« Oltre delle cause, per le quali qualunque erede « può rendersi indegno di succedere, le persone a « vantaggio delle quali la legge stabilisce una quota « di riserva o sia legittima, possono esserne private « con una dichiarazione espressa del testatore e per « una causa ammessa dalla legge e spiegata nello stes- « so testamento. »

Per essere ammessa la diredazione debbono dunque concorrere quattro condizioni:

1. La dichiarazione espressa del testatore.
2. Una causa ammessa dalla legge.
3. L'enunciazione di questa causa nel testamento.
4. La dimostrazione dell'esistenza di queste cause fatte con pruove legali (1).

La prima condizione è conforme al dritto romano, per lo quale il figlio doveva essere o necessariamente istituito o giustamente diredato. D'altronde la diredazione è una misura molto grave, perchè poss' ammettersi senza un'espressa dichiarazione del testatore. Colui, che anche nell'esistenza di una causa legittima di diredazione omettesse il figlio senza diredarlo, non gli torrebbe la qualità di erede legittimario, nè il diritto alla riserva. Uno punizione non si ricava per presunzione. Nè basterebbe, che il testatore si fosse limitato ad enunciare le cause della diredazione, come se avesse detto : « Istituisco Tizio nell'universalità de' miei beni, giacchè mio figlio mi ha irragionevolmente negato gli alimenti ». Con questo egli manifesta un motivo, per lo quale sarebbe autorizzato a diredarlo, ma non lo direda in effetti. La sua volontà dev'essere decisa, deliberata, manifestata espressamente. Ogni dubbio, ogni esitazione si risolve a favore del figlio, perchè si tratta di punire, e chi punisce è padre. Se la sua mano è vacillante nello scrivere le tremende parole *io diseredo*, il suo cuore si è ricusato a quest'atto di rigore, e chi potrebbe por freno al cuore di un padre, ed attribuirgli una volontà, che non sia in contraddizione?

Le cause della diredazione riguardano o il discendente relativamente all'ascendente o viceversa. Sono tratte dal dritto romano, o sono contenute le prime nell'articolo 849 e le seconde nell'articolo 850 delle Leggi civili.

Le une sono:

1. Se siasi renduto colpevole verso del genitore di sevizie o di qualunque delitto. *Si vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverit* (2). *Si quis parentibus suis manus intulerit* (3). *Si gravem et inhonestam injuriam eis injecerit* (4). La parola delitto deve qui intendersi nel senso generico di reato, ovvera nel senso speciale dell'articolo 2 delle Leggi penali, vale a dire di un reato soggetto a pene correzionali?

L'articolo del progetto diceva *delitti o ingiurie gravi*, ma sull'osservazione del Ministro Presidente Marchese Tommasi, che in niuna parte trovavansi definite le *ingiurie gravi* vennero per maggiore precisione sostituite nell'articolo le parole *o di qualunque delitto*, che si leggono nell'articolo. Però dunque, che quella espressione debbe intendersi nel senso dell'articolo 2 delle Leggi penali, perchè questo è il senso giuridicamente definito di quella parola costituita ed un'altra, che mancava di definizione. D'altronde il dubbio non potrebbe cadere, che sulle ingiurie, le quali, se risultano da espressioni vaghe, da rimproveri indeterminati, e da voci e da atti semplicemente indecenti, vale a dire se sono ingiurie leggiere da non meritare la pena della diredazione, sono punibili con pene di polizia (5), e cessano di essere delitti.

2. Se siansi irragionevolmente negati gli alimenti.

Il debito degli alimenti verso de'genitori è un debito di natura e di legislazione. Un figlio, che avendo dei mezzi per farlo, ricusa di venire al soccorso degli autori de' suoi giorni, che non hanno come provvedere al proprio mantenimento, ha perduto indubitatamente il dritto a quella quota de' beni, che le leggi naturali e civili, ch'egli ha violato, gli assicuravano sulle successione de'suoi genitori. Nel negare gli alimenti egli per lo primo ha infranti que' legami, che sono il fondamento della legittima.

3. Se divenuto il genitore furioso, lo abbia lasciato in abbandono senza prendere cura di lui (6).

Un uomo, che ha smarrito la ragione, è un infelice, che ha dritto alla compassione di tutti ; ed un figlio, ch'è capace di abbandonare suo padre e sua madre ridotti a così lagrimevole stato; un figlio, che contrapone una così invereconda indifferenza alle tante affettuose cure, che l'infanzia esige da' genitori, ed alle quali questi con tanto zelo si prestano, non può aspirare alla protezione di quelli leggi, che ascoltando la voci della natura, e non già soffocandole, han serbato a' figli una quota de' beni degli ascendenti.

4. Se non abbia curato di riscattarlo, divenuto prigioniero presso il nemico, quando il poteva. « *Si unum* « *de praedictis parentibus in captivitate detineri conti-* « *gerit* (7). »

Quel figlio, che potendo impiegare una parte delle sue sostanze per fare cessare le amarezze le privazioni le sofferenze della prigionia di suo padre senza privarsi di quanto è necessario pe' bisogni della propria famiglia, no 'l fa, non ha il cuore di figlio, e non dev' essere trattato come tale.

Nulladimeno questo motivo di diredazione come il precedente dipende dal concorso di molte circostanze, che spett' al Giudice di valutare a fin di vedere, se il disamore, il cattiv'animo del figlio, le sue cattive inclinazioni o delle perverse influenze abbiano determi-

(1) Articolo 851 Leggi civili.
(2) Novella 115, cap. 3, § 5.
(3) Detto, cap. 3, § 1.
(4) Detto, cap. 3, § 8.

(5) Leggi penali art. 366.
(6) Novella 115, cap 3, § 12.
(7) Novella 115, cap. 3, § 13.

nata la sua riprovevole condotta, ovvero i suoi bisogni e quelli della sua famiglia, lo stato del suo patrimonio, do'doveri di un ordine più elevato lo han messo suo malgrado nella impossibilità di provvedervi. Perciò mentre nel progetto era scritto *negato gli alimenti*, sulla proposizione del Consigliero Commendatore Filangieri fu premessa a quelle parole l'espressione *irragionevolmente*; la stessa redazione del progetto esprimeva poi in quanto al dovere del riscatto la limitazione, che nell'articolo si legge, *quando il poteva*.

5. Se la figlia in contradizione del padre siasi messa ad esercitare il mestiero di pubblica meretrice. « *Si alicui ex praedictis parentibus, volenti suae filiae vel nepti maritum dare, et dotem secundum vires substantiae suae pro ea prestare, illa non consenserit, sed luxoriosam degere vitam elegerit* (1). » Il progetto diceva semplicemente *meretrice*, ma sulla proposizione del senato Consigliere Commendatore Filangieri venne scritta *pubblica meretrice*, ed è agevole di comprendersi la differenza tra queste due frasi. L'articolo parla solamente del padre, come colui cui spetta l'esercizio della patria potestà, a cho è il capo della famiglia; ma se per la morte del padre gli fosse succeduto nella domestica autorità la madre o altro ascendente, la causa della diredazione starebbe relativamente all' una od all' altro, perchè esisto per essi la stessa ragione della legge.

Codesta disposizione è assoluta o dipende dalle circostanze, cho hanno potuto concorrere a buttare la figlia in quelle turpitudini?

Dal testo della Novella 115, che abbiamo trascritto, si rileva quali condizioni dovevano concorrere per dritto romano onde darsi luogo a questa causa di diredazione. Senza pretendere, che debba essere precisamente lo stesso nel dritto attuale, è però indubitato, che il più delle volte questo tristissime riuscite delle figlie sono imputabili a' propri genitori, o che altre volte un passo inconsiderato, una funesta inesperienza, un'accorta seduzione hanno potuto gradatamente spingere una povera giovane a quell' ultimo stadio della depravazione. Non pare, cho in questi casi la figlia debba venire giudicata con lo stesso rigore

Questo sono le cagioni della diredazione do' discendenti. Il progetto ne conteneva altro due. 1. So carcerato il padre per debiti, il figlio non abbia voluto procurargli la libertà con la sua malleveria, quando il poteva. 2. Se prima dell' età stabilita dalla legge abbia contratto matrimonio senza il consenso paterno. Ma vennero cassate o maggioranze di voti dal Consiglio di Cancelleria.

In quanto agli ascendenti l' art. 850 delle Leggi civili dice:

« Il padre e la madre potrà essere diredato per le « ragioni seguenti:

« 1. So reso il figlio prigioniero presso il nemico, « non abbia procurato, potendo ciò fare, di riscattarlo »

« 2. Se gli abbia irragionevolmente negati gli ali« menti. »

« 3. Se divenuto furioso, lo abbia abbandonato senza « prenderne alcuna cura.

« 4. Il padre e la madre potrà essere diredato se uno « di essi abbia dato il veleno all'altro, o l'abbia oltrag« giato atrocemente.

« 5. Ha luogo anche la diredazione per avere uno « de' genitori attentato alla vita do' propri figli.

« Le disposizioni di quest'articolo avranno luogo per « ogni altro ascendente. »

Come si vede, le primo tre cause sono simili a quelle, per le quali il figlio può essere diredato. Relativamente ad esse vi è una perfetta reciprocanza tra gli ascendenti ed i discendenti; o così era pure per dritto romano (2). Ed in verità que' fatti o quelle omessioni sono del pari riprovevoli, sia che s'imputino a'discenti sia agli ascendenti. La quarta causa è tratta dal § 4 del capitolo 5 della detta Novella 115:

« *Si contigerit autem virum uxori suae ad interritum aut alienationem mentis dare venenum, aut uxorem marito, vel alio modo alterum vitae alterius insidiari; tale quidem, utpote publicum crimen constitutum, secundum legee examinari, et vindictam legitimam promereri decernimus: liberis autem licentiam nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personae relinquere, quae tale scelus noscitur commisisse.* »

Il nostro articolo aggiunge l'oltraggio atroce, e questa qualificazione dinota non solo, che l' oltraggio dev' essere spinto sino al punto da meritare quell' attributo, ma ancoro, che dev'essere giudicato secondo le circostanze, le abitudini, e la qualità delle persone. Tali definizioni sono essenzialmente relativo.

La 5.ª causa è solo in parte corrispettiva dell' altra, cho riguarda il figlio. « *Si parentes ad interritum vitae liberos suos tradiderit* (3). » Le ingiurie di un padre verso del figlio non possono essere trattate così rigorosamente come quelle del figlio verso del padre. Nell' ordine gerarchico stabilito dalla stessa natura il figlio è obbligato o tollerare gli atti immorali del padre, le esigenze del suo carattere, della sua età, della sue infermità. Vi è sempre una gran massa di debito del figlio verso del padre, ed una gran massa di affetto del padre verso del figlio.

Tutti questi motivi di diredazione così de' discendenti como degli ascendenti sono tassativi, nè se ne possono ammettere altri per equipollenza. Il consigliere Abate Sarno, Generale Winspeare, o Duca di Campochiaro avevano dimandato di farsene una espressa dichiarazione, ed il Consiglio non vi adarì, unicamente perchè il Consigliero Magliano feco osservare, essere tale dichiarazione inutile, comechè derivava nettamente dagli stessi articoli della legge, da' principi generali del dritto, e spesso anche da testuali leggi romane.

Ma non basta, cho vi sia una causa legittima di diredazione; è d' uopo inoltre, cha sia enunciata nel testamento Il giudizio del disponente, col quale infligo una pena, dov' essere motivato; la diredazione non può succedere, cho per una causa determinata, ed è perfettamente logico, cha questa causa sia espressa. « I motivi, si diceva nel Supremo Consiglio di Cancelleria, « debbono essere immancabilmente espressi nel testa« mento, senza potersi ammettere altra dichiarazione « autentica, comunque legale. » E difatti l' art. 851 esige, che lo causa della diredazione sia spiegata nel testamento.

Da ultimo la causa espressa nel testamento bisogna, che sia provata. Avveniva il contrario nell' antico dritto romano, dapoichè spettava al figlio diredato, cho voleva gravarsi della diredazione, il dimostrare di non aver egli mancato a' doveri, da' quali era tenuto verso del diredante. « *Liberi de inofficioso querelam contra testamentum paternum moventes, probationem debent praestare, quod obsequium debitum jugiter, prout ipsius naturae religio flagitabat, parentibus adhibuerit* (4). » Tutto questo però era ingiusto, perchè per regola generale ogni accusa rimane inutile, se non è provata, per lo che Giustiniano con la Novella 115, cap. 3 prescrisse doversi provare la causa della diredazione, *nisi forsan probabuntur ingrati*.

Nel supremo Consiglio di Cancelleria fu osservato: « I motivi espressi nel testamento debbono anche le« galmente provarsi da coloro, cho hanno interesse a « sostenere il testamento, presumendosi sempre l' in« nocenza sino alla pruova contraria nella persona di« redata. » Quindi l' art. 851 dispone:

« L'esistenza della causa della diredazione, spiegata « nel testamento, debb' essere dimostrato con pruove « legali. »

Ove questa dimostrazione mancasse o fosse incompleta, la diredazione rimarrebbe senza effetto. « Nell'in« sufficienza di siffatta pruova, ci disse nel supremo

(1) Novella 115, cap. 3, § 11.
(2) Novella 115, cap. 4, § 2 e 6, e 7.
(3) Novella 115, cap. 4. § 1.
(4) L. 28, C., *De inoff. testam.*

Digitized by Google

« Consiglio di Cancelleria, dovrà cessare l'effetto della « diredazione. »

Gli effetti della diredazione sono semplicissimi; frant'i legami, che facevano del diredato un erede necessario del diredante, egli è divenuto un'estraneo, di tal che l'art. 852 dice:

« Colui, ch'è stato giustamente diredato, si terrà come non esistente, e la sua persona non sarà messa a « calcolo nel ripartirsi la quota di riserva o sia legittima dovuta agli altri figli. »

Però se la persona diredata non ha altronde mezzi da vivere, potrà reclamare dall'eredità, da cui è esclusa, gli stretti alimenti (1).

Gli effetti della diredazione cessano:

1. Con la premorienza del diredato al diredante; in tal caso la diredazione non pregiudica i diritti de' discendenti del diredato (2), i quali, ancorchè per succedere abbiano bisogno di rappresentare il defunto, lo rappresenteranno senza ostacolo.

2. Con la rivocazione della diredazione, che può farsi con qualunque atto (3).

3. Con la riconciliazione posteriore al testamento. La pruova spett' al diredato, ed è abbandonata al criterio de' Giudici, i quali dalle relazioni officiose, che dopo il testamento sono esistite tra il testatore ed il diredato, possono convincersi, che il primo abbia obliato il passato (4). È vero, che la non rivocazione del testamento potrebbe faro dubitare della volontà del testatore di perdonare le offese ricevute. Ma la non rivocazione del testamento non è, che un'omissione, mentre i fatti, che costituiscono la riconciliazione, sono de' fatti positivi, che sono sempre più efficaci e più concludenti di una semplice omissione. D'altronde la riconciliazione distrugge moralmente per sè sola tutte le conseguenze degli antecedenti dissapori, e rimette le cose nello stato, ad essi precedente.

4. Finalmente gli effetti della diredazione cessano, se il diredato giunge a provare la nullità o la falsità del testamento, dapoichè ben si comprende, che un atto falso o nullo non può produrre verun effetto giuridico (5).

Il traduttore.

(1) Leggi civili articolo 854.
(2) D., Leggi art. 853.
(3) Discussione nel Supremo Consiglio di Cancelleria.
(4) Discussione nel Supremo Consiglio di Cancelleria.
(5) L. 14, e 16. C., *De inoff. testam.*, Discussione nel Supremo Consiglio di Cancelleria.

CAPITOLO IV.

DELLE DONAZIONI TRA VIVI.

SEZIONE I.

DELLA FORMA DELLE DONAZIONI TRA VIVI.

ARTICOLO 931 (855).

Tutti gli atti, che contengono donazioni tra vivi saranno stipulati innanzi notaio nella forma ordinaria de' contratti, e ne resterà la minuta sotto pena di nullità (a).

SOMMARIO

1036. La donazione, comunque di dritto naturale, prende in impronto dal dritto civile delle forme essenziali.
1037. Forme della donazione in dritto romano.
1038. Dello stato della giurisprudenza in Francia su questo punto prima dell'ordinanza del 1731. Effetto di quest' ordinanza.
1039. Ma l'ordinanza non si estendeva alle donazioni manuali.
1040. L'art. 931 ha riprodotto la disposizione di quest' ordinanza.
1041. Ha consacrato ancora la stessa eccezione in quanto ai doni manuali.
1042. E poco importa il valore delle donazioni manuali. Ravvicinamento tra la donazione manuale ed il deposito.
1043. Non si potrebbe trasformare in deposito una donazione manuale.
1044. Dell'indivisibilità della dichiarazione del possessore, convenuto come depositario, e che si pretende donatario puro e semplice.
1045. Esame di un arresto del parlamento di Bordeaux citato come contrario a questa soluzione.
1046. Continuazione.
1047. Arresto del parlamento di Parigi, che stabilisce nettamente il principio.
1048. Sotto del Codice gli articoli 2279, 1926, e 1356 non lasciano più dubbio sulla indivisibilità della dichiarazione.
1049. Arresto della Corte di Parigi.
1050. Nondimeno non si potrebbe dividere la dichiarazione del possessore, che si pretende proprietario, e che viene attaccato come depositario, se tale dichiarazione fosse troppo inverosimile?
1051. *Quid*, se il possessore fosse convenuto come mandatario?
1052. *Quid* nel caso, in cui la donazione manuale è stata fatta ad un terzo per una specie di fedecommesso?
1053. La donazione manuale perde la sua efficacia, quando degenera in una donazione a causa di morte. Esame dell'arresto renduto su questa quistione nell'affare de' manoscritti di Chénier.

(a) Corrisponde a questo articolo l'art. 855 delle Leggi civ. senza variazione. *Il traduttore.*

Digitized by Google

1054. Tuttavia il dono di un manoscritto non può essere riputato *a causa di morte*, benchè il dritto della pubblicazione sia differito dopo la morte del donante.
1055. Se la consegna del manoscritto è provata per mezzo di lettera, lo scritto fisserà il carattere dell'atto.
1056. Si possono dare manualmente ogni sorte di oggetti mobiliari.
1057. In quanto a' titoli di rendite, azioni, biglietti ecc. non basterà la consegna; bisognerà inoltre che le formalità proprie della trasmessione di questi titoli siano adempite.
1058. Se si tratta di un effetto negoziabile, la gira in bianco sarà sufficiente per la trasmessione della proprietà.
1059. *Quid* se il titolo non è negoziabile.
1060. Il trasferimento d'una rendita sul G. L. fatta sulla testa di colui, cui si vuole donarla, opera forse donazione senzachè vi sia bisogno di ricorrere ad altre formalità? Giurisprudenza.
1061. Continuazione.
1062. Basta il trasferimento con le forme ordinarie per provare la trasmessione della proprietà.
1063. Perchè una donazione sotto firma privata, depositata presso di un Notajo, registrata, e trascritta nell'uffizio delle ipoteche, non sarebbe di alcun valore.
1064. Il donante, che avesse confermata ed anche eseguita una tale donazione potrebbe sempre farla annullare.
1065. Non è lo stesso relativamente agli eredi ed aventi causa del donante, nell'interesse de' quali le formalità della donazione sono state introdotte.
1066. Possono attaccare i vizî di forma della donazione, malgrado l'esecuzione, che vi ha dato il loro autore.
1067. Le regole prescritte dalla legge sulla forma della donazione sono di rigore.
1068. Dello stato estimativo richiesto dall'art. 948. Rinvio. Il donante dopo la consegna de' mobili, potrebbe invocare la mancanza dello stato estimativo?
1069. Delle donazioni con pesi. Distinzione da farsi.
1070. Gli atti, che sono semplicemente donazioni imperfette, o che si mettono nella categoria de' contratti innominati, non sono astretti alle formalità dell'art. 931.
1071. Se l'atto partecipa contemporaneamente della donazione o del contratto a titolo oneroso, non è necessario di farlo nella forma delle donazioni.
1072. È diverso, se il peso imposto al donatario è uno di que' pesi sempre sottintesi in ogni donazione.
1073. In materia di donazione rimuneratoria la quistione di forma dipenderà dal punto di sapere se l'atto è meno una donazione, che una dazione in pagamento.
1074. Se l'atto ha solamente per causa un sentimento di riconoscenza, che agisce nel foro interno, vi sarà una donazione ordinaria soggetta alle forme delle donazioni.
1075. Una donazione fatta per l'adempimento di un'obbligazione naturale può essere assimilata alle donazioni rimuneratorie per servigi valutabili?
1076. Le remissioni de' debiti possono essere fatte di ogni sorte di maniera. Nondimeno un arresto della Corte di Parigi applica ad una remissione di debito per fedecommesso i principî del deposito.
1077. Arresto di cassazione sulla stessa quistione.
1078. Il debitore deve provare la remissione del debito, che invoca, se la causa della quietanza è riconosciuta falsa.
1079. La rinunzia ad una prescrizione acquistata è esente dalle formalità della donazione.
1080. È lo stesso della fidejussione di un debito.
1081. Come delle liberalità indirette stipulate come pesi di un contratto principale.
1082. La donazione di una cosa disponibile fatta ad un donatario capace sotto forma di contratto oneroso è valida?
1083. Dell'accettazione della donazione. Rinvio.
1084. La procura in materia di donazione dev'essere rivestita delle form' autentica.
1085. È lo stesso dell'autorizzazione data dal marito alla moglie.
1086. Durata dell'azione di nullità per vizio di forma.

COMENTARIO

1036. Abbiamo detto più sopra (1) che, quantunque la donazione sia di dritto naturale, nondimeno prende ad impronto dal dritto civile delle forme essenziali, che il legislatore ha voluto imporle a causa della sua importanza. Sebbene l'uomo non sia naturalmente inclinato a spogliarsi mentre vive, vi sono nondimeno delle numerose circostanze, nelle quali bisogna temere da parte sua una facilità troppo grande ed una generosità irriflettuta. Per salvarlo da questa debolezza il legislatore ha creduto necessario di fare intervenire nelle donazioni tra vivi un certo numero di solenni formalità, tali da ritardare la sua precipitazione e provocare le sue serie riflessioni. Ha voluto dare ancora alle donazioni una irrevocabile stabilità e metterle al sicuro delle frodi praticabili con gli atti sotto firma privata.

Appunto di queste formalità il Codice va ad occuparsi nella nostra sezione, formalità, che legano la donazione al dritto civile, benchè nel fondo e pel suo principio appartiene al dritto naturale. Ma prima di abbandonarci allo studio delle disposizioni dell'articolo 931, conviene dare dei dettagli sulla legislazione, che è preceduta.

1037. L'antico dritto romano aveva assoggettata la donazione tra vivi a delle forme sulle quali abbiamo già gittato uno sguardo (2). Si rammenterà, che per la legge Cincia le cose di mancipazione non potevano essere donate, che con la solennità della mancipazione (3); che le cose *nec mancipi* non potevano essere donate, che con la tradizione, ma senza altra formalità. Le donazioni delle cose mancipi era quanto di più solenne e più civile vi era nel dritto romano. Al contrario le donazioni delle cose non mancipi, perfette con la sola tradi-

(1) N: 10, 11, 512, 516.
(2) *Sopra*, n. 516.

(3) I frammenti del Vaticano hanno chiarito questo punto di dritto: *De donat. ad leg. Cinciam*, § 226, 313.

zione, appartenevano per intiero al diritto naturale (1).

Costantino stabilì un dritto nuovo (2). Senza distinguere tra le cose *mancipi* e le cose *nec mancipi*, volle, che ogni donazione fosse redatta in un atto, fosse accompagnata dalla tradiziono in presenza di numerosi testimoni, *advocata vicinitate*, e che fosse insinuata a pena di nullità; il tutto a fine di evitare le frodi, le sorprese, le violenze: *Ad excludendam vim atque irruptionem* (3).

Poco a poco tutte queste formalità caddero in desuetudine, tranne l' insinuazione. Finalmente Giustiniano fissò l' ultimo stato delle cose, decidendo, che la donazione potrebbe valere per la nuda convenzione senza tradizione o senza stipulazione (4) il che importava di mettere la donazione sullo stesso piede della vendita e degli altri contratti del dritto delle genti (5). Nulladimeno volle Giustiniano, che se eccedesse i 500 soldi, fosse soggetta all' insinuazione. Gli autori dotati di uno spirito critico, hanno biasimato Giustiniano di avere tanto rilasciato il sistema delle donazioni (6). Ed in effetti l' esperienza del cuore umano non l' ha guidato in tali regolamenti, nè ha mostrato la previdenza del legislatore.

1038. Prima dell' ordinanza del 1738 non vi era in Francia nulla di ben positivo sulle formalità delle donazioni tra vivi. Gli uni credevano non essere necessario, che ne venisse redatto atto notarile, perchè niuna legge l' esigeva; che bastava, essere lo scritto segnato dal donante e dal donatario ed insinuato innanzi l' ultima malattia del primo (7). Altri rigettavano questa opinione, come quella, che poteva produrre molti abusi (8). Ed in effetti, eglino dicevano, è necessario, che la donazione sia assolutamento irrevocabile, e che non dipenda dalle parti di renderla inutile; ora ciò potrebbe avvenire, se la donaziono fosse stata fatta con atto semplicemente sotto firma privata, comunque fosse stata insinuata.

L' articolo 1 dell' ordinanza del 1731, penetrata di questo pericolo, volle che le donazioni tra vivi fossero fatte con atto pubblico sotto pena di nullità (9). « Il motivo di questa « legge, dice Pothier (10), è stato d' impedire « le frodi, e che non stasse in potere del donante di fare delle donazioni, che fosse il « padrone di rivocare durante la sua vita, ri- « tenendo presso di sè l' atto di donazione, « e mettendolo nelle mani di una persona di « fiducia, che avrebbe ordine di rimetterlo al « donatario solamente dopo la morte del do- « nante o quando questi lo giudicherà a pro- « posito. Per togliere questo mezzo al donante « l'ordinanza vuole, che resti nelle mani del no- « tajo una minuta della donazione, perchè il no- « tajo essendo una persona pubblica, il donante « non può esserne il padrone. Senza di ciò lo « donazioni incorrono il sospetto di non avere il « carattere d'irrevocabilità richiesto dalle nostre « leggi nello donazioni tra vivi, e per ragione « di questo sospetto sono dichiarate nulle. »

1039. Ma l' ordinanza non estendeva il suo effetto alle donazioni dello cose mobili, quando vi era tradizione reale, nel quale caso non vi era bisogno di verun atto (11) (a).

1040. Il nostro articolo 931 è la riproduzione dell' ordinanza del 1731. Ogni atto di donazione deve essere fatto a pena di nullità nella forma ordinaria dei contratti notariali, e dev'essere conservato in minuta. Un atto, col quale un individuo si spoglia in vita, non potrebb'essere circondato da sufficienti precauzioni, nè potrebbe avere sufficiente stabilità ed autorità (12). Epperò sarebbe nullo, se non fosse ricevuto da due Notai in presenza di due testimoni (13). Nulladimeno si sa, che la presenza del Notajo in secondo e de' due testimoni è necessaria soltanto nel momento della lettura dell' atto, fatta dal Notajo, o della sottoscrizione delle parti, ma vi dev'essere menzionata a pena di nullità (14).

1041. Poichè ogni atto, che contiene donazione, dev' essere redatto nella forma, che si è accennata, non ne siegue, che ogni donaziono

(1) *Sopra*, n. 520.
(2) *Sopra*, n. 521.
(3) L. 1, C. Theod., *De donat.*
(4) L. 35, C., *De donat.*
(5) *Sopra*, n. 522.
(6) « *Quoniam*, dice Cujacio, *juris auctorum mos est* « *vetustissimus, ut donationes facile non admittant,* « *non temere adprobent.* » Cuist. Pap., lib. 29 *Ad leg.* 27 *De donat.*). Il sig. Toullier sembra trovare al contrario, che questa semplicità di formo è un miglioramento (t. V, n. 169).
(7) Ricard, part. 1, n[i] 881, 882. Ferrières su Goy Pape, quest. 222.
(8) Ricard, *loc. cit.* n. 883.
(9) Furgole su quest' art. D' Aguesseau, lett. 290, t. IX, p. 361, secondo lo spirito della legge 25 C., *de Donat.*
(10) *Donaz.*, sez. 2, art. 4; e su *Orleans* t. 15, *Introd.* n. 28.
(11) Pothier, *Donazioni, loc. cit.* p. 28. Furgole sullo articolo 1 dell' ord. § *Ogni atto. D'Aguesseau loc. cit.*

(a) Seguivansi nel nostro antico dritto patrio intorno alla forma dello donazioni lo regole del dritto romano, epperò in generale la scrittura non era un essenziale della donazione. Mancando però la scrittura, la pruova, che rimaneva da farsi dal donatario, non potendo essere, che testimoniale, bisognava, che concorressero tutte le condizioni di una pruova perfetta per essere ammessibile, cioè il numero o la probità de' testimoni, e le loro deposizioni per essere concludenti bisognava, che dinotassero con chiarezza tutte le circostanze, dalle quali sorgeva la volontà determinata di donare tra vivi. Non si ammettevano presunzioni, perchè non si presume mai, che uno voglia spogliarsi della cosa sua (*). *Il tradut.*
(12) Il mio comm. del *Contratto di matrimonio*, t. 1, n. 184.
(13) Legge dei 25 ventoso an. XI, art. 8, 20. 68, e legge dei 21 giugno 1843, art. 2.
(14) Legge dei 21 giugno 1843, art. 2.

(*) De Luca *de Donat.* Disc. 16.° — Menochio De arbitr. judic. cas. 496.

Digitized by Google

dev' essere necessariamente redatta in atto. Vi sono delle donazioni, che possono fare a meno della scrittura, e tali sono le donazioni delle cose mobili accompagnate dalla tradizione attuale. Queste sono perfette da mano a mano in virtù dell'artic. 2279 del Codice Napoleone(a). Non è stato nel pensiero del nostro articolo di allontanarsi su questo punto dalla giurisprudenza consacrata dall' ordinanza del 1731, e per lo contrario l'art. 931 ha inteso di conformarvisi pienamente (1).

Ed in effetti il nostro articolo in conformità dell' ordinanza del 1731 non dice, che ogni donazione dev' essere redatta necessariamente in iscritto, dice solamente, che nel caso, in cui si redigesse un atto di questa donazione, bisogna a pena di nullità, che quest' atto sia rivestito delle solennità ordinarie de' contratti (2).

Ora la donazione delle cose mobiliari essendo intieramente consumata, quando ha luogo la tradizione, non vi è nessuna necessità di redigerla per iscritto, poichè relativamente ai mobili il possesso vale per titolo (Art. 2279). Si fanno giornalmente tra gli amici de' regali, che hanno più o meno valore, e che sarebbe ridicolo di voler astringere alla necessità d'una solenne redazione (3).

1042. Nè i doni manuali sono solamente validi per modiche somme, ma sono ammessi in giurisprudenza, anche quando il valore ne fosse considerevole, purchè fossero esenti da frode (4). Nonpertanto si è preteso con l' autorità del Cancelliero D'Aguesseau, che la validità de' doni manuali dev'essere ristretta al caso di donazioni di mobili o di modiche somme (5). Ma si abusa di una frase dell' illustre Cancelliere, che non avendo precisamente a risolvere la quistione, non ha potuto dire nulla, che sia tale da giudicarla (6). Eanacia con ragione, che le donazioni di cose mobiliari modiche, che si consumano per mezzo della tradizione e senz' atti, non sono soggette all' ordinanza; e nulla è più vero, ma non bisogna concluderne con un argomento *a contrario*, sovente erroneo, che le donazioni manuali di somme importanti debbono necessariamente essere soggette alle formalità degli atti solenni e notariali (7).

Inutilmente si direbbe, dover essere il deposito provato per iscritto (1923 Codice Napoleone 1795 l.c.), e che non è ragionevole di volere, che la donazione, che conferisce un dritto più forte, possa far a meno di un titolo scritto. Tale obiezione manca di giustezza, poichè il deposito lascia al suo seguito delle azioni, che nel loro esercizio debbono fondarsi su di un titolo probante. Il deponente vuole ritirare il deposito; è il suo dritto; ma come potrebbe manifestarlo agli occhi della giustizia, se non avesse un titolo tra le mani? Al contrario la donazione consuma la negoziazione, e spoglia il donante irrevocabilmente. Quest' ultimo spogliato dall' effettuita tradizione, non ha più nulla da reclamare, mentre il donatario investito del possesso, ha in suo favore il titolo virtuale, che l' art. 2279 del Codice Napoleone consacra.

1043. Sovente si è cercato di trasformare le donazioni manuali in deposito, poggiandosi sopra presunzioni umane, segnalate come proprie a torre loro il carattere di liberalità. Per pervenire a questo risultamento si è detto : il dono manuale non risiede soltanto nel possesso ; risiede ancora nell' intenzione di donare. Ora se l' intenzione di donare non è provata, il dono manuale svanisce, e non resta più, che un deposito restituibile al preteso donatario, o ai suoi eredi.

Ma niente è più pericoloso, che di buttarsi in fugaci estimazioni, nelle quali le presunzioni combattono le presunzioni, e nelle quali nel cercare la certezza si trova solo il dubbio. Vale meglio di riportarsene a' testi ed a' principi, che sono le guide più sicure.

Ora l' art. 1924 del Codice Napoleone dispone, che quando il deposito al di sopra di 150 franchi non è provato per iscritto, colui, ch'è convenuto come depositario, è creduto sulla sua dichiarazione, sia per lo fatto stesso del deposito, sia per la cosa, che ne faceva l'obietto, sia pel fatto della sua restituzione (8) (b). Ed ecco perchè è stato positivamente giudicato con arresto della Corte di Cassazione de' 18 di marzo 1807 (9), che non si può indebolire per semplici presunzioni la fede dovuta a colui, ch' è convenuto come depositario, quando nega il fatto del deposito non provato per iscritto. La sua dichiarazione ha una intiera autorità. Il proprietario della cosa ha seguito la sua fede, se n' è rimesso alla sua parola ed alla sua coscienza, e da questa parola dipende il giudizio della difficoltà (10).

1044. Siegue di là per tutte le menti attente e per tutt' i Magistrati, scrupolosi osservatori

(a) Articolo 2185 delle Leggi civ. *Il tradut.*

(1) L. 8, C.. *De oblig. et action.*

(2) D'Aguesseau, *loc. cit.* Merlin, Repert., v. *Donazione*, p. 86. Toullier, t. 5, n. 172. Ferrières su Parigi t. 13, § 2, n. 55.

(3) I doni manuali si chiamavano talvolta nell'antico dritto *doni di mano calda*.

(4) Rouen, 24 giugno 1845 (Devill., 46, 2, 105).

(5) Lettera precitata.

(6) V. sulla donaz. manuale una dissertaz. del signor Devilleneuve, 5, 1, 122.

(7) Merlin, Repert, v. *Donaz* sez. 2; § 7, e Quistioni di dritto, v. *Donaz.*, § 6. Grenier n. 176, t. 2, p. 90 con le note di Bayle-Mouillard. Zachariae t. 5, p. 62, 63. « Le donazioni manuali, diceva il tribuno Jaubert, « non sono suscettibili di alcuna forma. Non vi sono « altre regole, che la tradizione, salve nondimeno la « riduzione e la collazione ne' casi di dritto. »

(8) Il mio comm. del *Deposito* n. 50.

(b) Articolo 1796 delle Leggi civ. *Il tradut.*

(9) Devill., 2, 1, 361.

(10) Il mio comm., *loc. cit.*, ove io cito Danty.

del dritto, che la dichiarazione del possessore, che si dice donatario puro e semplice, non dev'essere divisa giusta l'art. 1356 del Codice Napoleone, e che dev'essere creduta conformemente all'art. 1924 dello stesso Codice (a). So, che talvolta avviene, che per un'equità mal piazzata il Giudice cerca di attenuare questa dichiarazione, dividendola e combattendola con altre presunzioni. Gli art. 1356 e 1924, fortificati dall'art. 2279 del Codice Napoleone, si oppongono a quest'arbitramento (1). Si può vedere quello, che su di ciò abbiamo detto nel nostro commentario *Del contratto di deposito* n.° 58 e seguenti. Il Giudice non può convertire in deposito la tradizione, che il possessore dichiara, essere una donazione, senza mettersi al di sopra delle presunzioni della legge e delle più sagge previsioni (2). Se il proprietario avesse voluto fare un deposito, ne avrebbe ritirato uno scritto, e non avendolo fatto, si suppone di aver egli voluto fare una cosa diversa. In ogni caso se vi è violazione del deposito, bisogna lasciarne la vendetta a Dio, come dice Brodeau (3), ed il deponente non può dolersi, che di sè stesso per la sua credulità e la sua imprudenza.

1045. Nulladimeno si cita come contrario un arresto del parlamento di Bordeaux, del qual' ecco la specie.

Il sig. de la Roche, Consigliere nel parlamento di Bordeaux, nell'andarsene a Dax, ove morì, diede alla moglie del sig. Duverger de Barbe un filo di perle ed un armadio di ebano.

Dopo la sua morte i suoi affari essendo cattivi, la signora de Barbe fu citata dal di lui rappresentante per restituire le perle e l'armadio. Costei diceva essere vero, che aveva ricevuto l'uno e l'altro; che il sig. de la Roche glieli aveva lasciati « a condizione, che se venisse a morire, le dette cose rimarrebbero di « lei proprietà. » Il rappresentante de la Roche, giovandosi di questa risposta, diceva, che la signora de Barbe non giustificava la condizione da lei allegata, e che per conseguenza la sua eccezione non era di veruna considerazione: allegava la glossa della legge *Si quidem*, C., *De except.*, che dice, che quando il convenuto confessa di avere ricevuto, *fides est adhibenda*, ma non già quando dice, che il deponente ha voluto, che la cosa gli restasse; si citava ancora Boerio, Decis. 143. Venne giudicato secondo questa glossa con arresto del parlamento di Bordeaux de'17 marzo 1667, che: *Donatio, quae est de facto, non praesumitur, nisi probetur* (4).

A mio senso quest' arresto non ha l'importanza, che gli si dà, come lo dimostrerò, ma quando anche l'avesse, non bisognerebbe stupirsene gran fatto, dapoichè non è la prima volta, che si trovano negli arresti antichi degli esempi di pruova testimoniale applicata a quei contratti, che si formano di mano in mano, come la donazione manuale ed il prestito de' mobili (5). Ma i testi del Codice Napoleone non permettono di seguirli, ed obbligano il Giudice a respingere questi bagliori dell'equità, ed a riconcentrarsi nelle sagge disposizioni della legge (6).

1046. Qual' è dunque il vero senso di questo arresto? Il sig. Merlin avendolo inesattamente interpretato, credo di dovere insistere per mostrarne il vero spirito.

La signora de Barbe diceva forse, che il signor de la Roche le aveva fatta una donazione attuale, irrevocabile, di mano a mano? No! Conveniva, che sin alla morte del sig. de la Roche non vi era nulla di definitivo; che la donazione era sottoposta alla condizione della morte del signor della Roche; che per conseguenza era una donazione a causa di morte. E di là seguiva necessariamente, che sinchè la condizione non si era verificata, il possesso della signora de Barbe era stato precario, rivocabile, a titolo di deposito, e non è da stupire, che il parlamento di Bordeaux abbia giudicato, come ha fatto (7). Come si vedrà più basso, (8) il dono manuale trae la sua forza dallo spossessamento attuale ed irrevocabile del proprietario. Quello, in cui concorrono altre combinazioni, non è un dono manuale.

1047. Ma quando la giurisprudenza ha incontrato delle situazioni, nelle quali la tradizione presente si combinava con uno spossessamento assoluto, ha forse esitato a serbare la donazione? Si è forse permesso di dividere, di menomare, di mettere in sospetto la dichiarazione del possessore?

Sentiamo l'arresto, che siegue, del parlamento di Parigi dei 17 gennaro 1768 (9).

Claudio Baillard morì senza figli. La sua vedova sostenne di doversi trovare del denaro contante, ma non ve n'era, e sorsero dei sospetti di furto. La divisione si fece tra la vedova e gli eredi, trai quali era Pietro Baillard, fratello del defunto. Si fecero delle riserve relativamente al denaro, che si credeva sottratto, e che si stimava ammontare a 6,000 lire. Pietro Baillard (ciocchè è da rimarcarsi) sottoscrisse questa divisione.

Cinque anni dopo dichiarò, aver egli 4000

(a) Art. 1310 e 1796 Leggi civ. *Il tradut.*
(1) Merlin, Quist. di dritto, v. *Donaz.*, § 6, n. 2.
(2) Danty su Boiceau, p. 72, e seg.
(3) Su Louet, lettera D., somm. 33, n. 2.
(4) Lapeyrère, édit. del 1706, lettera D., n. 73. Brillon, v. *Donazione*, n. 193. Merlin, *loc. cit.*
(5) Prestito n. 58. Cito un esempio.
(6) Toullier, t. 9, n.i 29, e seg. T. X, n. 335.
(7) *Aggiungi* la causa Chenier. Parigi, 4 maggio 1816 (Devill., 5, 2, 138), *Infra*, n° 1053.
(8) N° 1053.
(9) Roussilhe, *Donazioni.* Merlin, Quist. di dritto, v° *Donazione*, § 6, n° 1.

Digitized by Google

lire di suo fratello, ma essere stata questa somma donata a sua moglie da Claudio, suo fratello defunto, alcuni giorni prima della sua morte, e quando coloro, che d'ordinario lo circondavano, erano ai vespri.

S'impegnò un processo. La vedova pretese, che Pietro Baillard aveva espilata la successione di suo fratello, e che la sua sottoscrizione alle riserve messe nella divisione erano incompatibili con una donazione, che sia d'allora avesse.

Ma con l'arresto precitato del parlamento di Parigi la donazione fu dichiarata valida.

Si scorge quale importanza quest'arresto accorda alla dichiarazione del possessore. Vale il principio dell'art. 1924 del Codice Napoleone (a) applicato senza divisione di questa dichiarazione (1).

1048. Checchè ne sia dell'antica giurisprudenza, la quistiona deve essere giudicata al dì d'oggi con l'art. 2279 del Codice Napoleone (b), che è d'una sì grave considerazione nel possesso dei mobili; dall'art. 1924, che dà tanta forza alla dichiarazione del possessore: dall'art. 1356 (c), che vuole, che questa dichiarazione non sia divisa (2). Certo, che se vi fosse un principio di pruova per iscritto attestante il deposito, le presunzioni gravi, precise, e concordanti potrebbero essere ammesse per combattere la dichiarazione e dividerla (3). Ma non è lo stesso, quando il deposito è unicamente provato dalla sola dichiarazione, perchè allora bisogna prendere questa dichiarazione nel suo insieme. Nè bisogna dividerla per ritorcere la confessione in quanto milita contra di esso, e contrastargli la circostanza, che milita in suo favore (4). La dichiarazione, « ho ricevuto, ma per serbare a titolo di do« nazione » si compone di due parti connesse, concordanti (5). che versano pure su dei fatti contemporanei, che non hanno per se stessi nulla, che urta le possibilità ragionevoli, che dinota per mezzo di una inverosimiglianza il dolo e la frode (6). Epperò come potrebbe essere permesso di dividere la dichiarazione in presenza soprattutto dell'art. 1924 (d), che mette nella coscienza del possessore la soluzione della controversia?

Che se mai avviene, che la coscienza del giudice provi qualche turbamento su delle situazioni, che non gli sembrano nette, è d'uopo, che si rassicuri con l'osservanza dai testi, col pensare, che il divieto della pruova testimoniale e delle presunzioni umane in questa materia ha per obietto l'utilità pubblica, il bene, e l'alleviamento dei cittadini, imperocchè abbrevia i processi ed evita gl'inconvenienti, che derivano dalla troppo grande facilità dei testimoni (7); vieta pure di abbandonare alla discrezione di alcuni compiacenti testimoni l'onore dei cittadini.

1049. Del resto è questo quello, che è stato deciso dalla Corte di Parigi sotto la mia presidenza con un arresto dei 20 di febbraio 1852 del quale ecco la specie.

Il signor Courtois, antico gioielliere, aveva per cugina nata da germano la moglie del signor Lethorel; il signor Courtois possedeva una iscrizione di rendita sullo Stato, che il 1 di maggio 1849 per incarico dato al suo agente di cambio volle vendere alla Borsa, e che gli produsse 16, 804 franchi. Su questa somma il signor Courtois donò da mano a mano a sua cugina in presenza della di lei madre e di una signora Dubois la somma di 10, 000 franchi, dicendole: « Prendi, ecco per « te e pei tuoi figli. »

Il 14 di maggio 1849 il signor Courtois colpito per istrada da un attacco di apoplessia, è condutto all'ospizio della carità; il suo cane si allontana, e giunge in casa del signor Lethorel, che si turba nel vedere l'animale senza del suo padrone; s'informa, e trova il signor Courtois all'ospizio. Questi muore; i suggelli non sono apposti; la chiave dell'appartamento del defunto è lasciata alla signora Contour, sua sorella, che l'ha conservata sino al 15 di giugno. Nell'intervallo, il 6 di giugno, si procede all'inventario, al quale non assistono i coniugi Lethorel, ed ova la signora Contour fa senza controllo tutte le dichiarazioni, che vuole.

Poco tempo dopo uno dei generi della signora Contour si presenta in casa del signor Lethorel, e lo prega di dargli una quietanza dei 10, 000 franchi ricevuti dalla signora Lethorel. Ma Lethorel non cade nella trappola, e risponde di non dovere dare quietanza di una donazione manuale. Allora dopo minacce di provvedersi pure in linea penale la signora Contour forma una dimanda di restituzione dei 10, 000 franchi; ma siccome pel fatto del possesso vi era un titolo a favore della signora Lethorel, la signora Contour articola dei fatti per provare d'esservi stato deposito e non donazione manuale. La signora Lethorel produ-

(a) Corrisponde all'art. 1796 delle Leg. civil. *Il traduttore.*

(1) *Aggiungi* Danty *sopra Boiceau*, p. 74, n. 2. Lepretre, *Cent.*, cap. 30, che cita un arresto che vieta la divisione della dichiarazione.

(b) Corrisponde all'art. 2185 delle Leg. civ. *Il traduttore.*

(c) Corrisponde all'art. 1310 delle Leg. civ. *Il traduttore.*

(2) V. Merlin, Quist. di diritto, v. *Confessione*, § 2.

(3) Parigi, 2 febb. 1842 (Devill., 42, 2, 63).

(4) Cassaz., 18 gennaio 1832 (Dalloz, 32, 1, 68. Devill., 32, 1, 91). 6 novembre 1838 (Dalloz, 39, 1, 501. Devill., 38, 1, 892, 893). 25 gennaio 1827 (Dev ll, 8, 1, 509).

(5) Pothier, *Oblig* n. 832.

(6) V. Voet, *De confess.*, n. 5, et Merlin, v. *Confessione*, § 2, *loc. cit.*

(d) 1796 Leg. civ. *Il traduttore.*

(7) Brodeau *su Louet*, lettere *D*, *somm.* 33. n. 3.

ce alla sua volta un' articolazione contraria, ed in questo stato intervenne il 20 di dicembre 1850 lo segnente sentenza:

« Il Tribunale:

« Attesochè se ai termini dell' articolo 2279 « del Codice Napoleone (a) in fatto di mobili « il possesso vale per titolo, questo principio « non è sufficiente per legittimare la proprietà « di una cosa, che, come nella specie, il « possessore dichiara di tenere a titolo di do« nazione; che in questo caso sorebbe scono« scere lo scopo del legislatore e lo spirito, « che ha presieduto olle prescrizioni del« l' art. 931 dello stesso codice il ricono« scere una simile donazione in assenza di al« cun motivo, che possa legittimarla.

« Attesochè in oltre il principio consacrato « dal detto articolo 2279 non stabilisce a fa« vore del possessore, che l' invoca, che una « semplice presunzione, che può essere di« strutta sia dalla pruova testimoniale, sia an« che da presunzioni contrarie, che abbiano « la gravità e la precisione necessarie, che « permettono di farle valere.

« Attesochè da un altro lato una donazione « manuale non può essere considerata come « valida, che in quanto non esiste alcun dub« bio sulla realtà di una trasmessione fatta a « questo titolo; che la dichiarazione del deten« tore non basta per provare un tal dono, so« prattutto quando si tratta, come nella specie, « della quasi totalità dell' attivo del preteso « donante. »

« Attesochè questa dichiarazione lungi dal « l' essere appoggiata da presunzioni, che ne « rendono verosimile la sincerità, è smentita « da presunzioni contrarie. »

« Attesochè in effetti non viene negato dai « convenuti, che il signor Courtois sia morto « il 14 di maggio 1849 all' ospizio della ca« rità, ove era stato trasportato in seguito di « un attacco di apoplessia, dal quale era stato « colpito per istrada; che neanche viene da « essi contrastato, che il 19 di aprile del me« desimo anno il signor Courtois ha fatto ven« dere dal signor Chartier, agente di cambio, « 953 franchi di rendita 5 per 100 ad 88 « franchi, 27 centesimi e mezzo, che costitui« vano tutto il suo avere, e che il 1 maggio « seguente ne ha ricevuto il prezzo. »

« Attesochè dall' inventario fatto dopo la « morte del signor Courtois, risulta, non esse« re stato trovato in casa sua veruno titolo atti« vo; che l' apprezzo del suo mobile non si è « elevato, che ad una somma di 272 franchi, « 40 centesimi; che questo stato di cose dimo« stra, non poter egli avere l' intenzione di « spogliarsi, vivente, del modico attivo, con « l' aiuto della cui rendita poteva sovvenire ai « suoi bisogni. »

« Che se la donazione, che allegano i con« venuti, avesse avuto luogo, il donante l' a« vrebbe necessariamente fatta o rendita vita« lizia, o per lo meno con stipulazione di un « interesse al 5 per cento. »

« Che se questa donazione fosse stata fatta « dal signor Courtois ammalato, si potrebbe « comprenderla, ma che lungi da ciò questo « ultimo era in buona salute, e che la sua « morte è stata la conseguenza di un acci« dente fortuito, che nulla poteva fargli pre« sentire. »

« Che la detenzione della somma reclama« ta altrimenti che a titolo di deposito tra le « mani di Lethorel non può essere ammessa « soprattutto quando quest' ultimo dopo di ave« re serbato il silenzio relativamente a questi « 10, 000 franchi in tempo dell' inventario « fatto dopo la morte a sua propria diligenza, « o del quale per lo meno aveva avuto perfetta « conoscenza, ha dichiarato, essere sua moglie « la detentrice di questa somma a sua insapu« ta, ma a titolo di donazione. »

« Attesochè quel che completa la inverosi« miglianza di una simile donazione, è che « Lethorel secondo le sue proprie conclusioni « contava su di un testamento del signor Cour« tois, e che sembra costante, che solamente « quando ha acquistata la certezza, che questo « testamento non esisteva, ha qualificato di « donazione manuale fatto a sua moglie la ri« messa dei 10,000 franchi. »

« Attesochè tutti i fatti e le circostanze qui « sopra riferite sono tante presunzioni, che « smentiscono la realità d' una donazione, ed « attestano per lo contrario l' impossibilità, in « cui si trovava il signor Courtois di spogliarsi « prima di ogni previsione della sua morte « della maggior parte del solo capitale, sul « quale poteva contare per sovvenire alla sua « esistenza. »

« Che il concorso di queste presunzioni, la « loro concordanza, e la loro gravità dimostra« no sino all' evidenza la inverosimiglianza e « l' impossibilità dell' allegata donazione per « ritenere una somma, che deve far parte della « successione del signor Courtois. »

« Che diviene quindi inutile di arrestarsi « alle conclusioni sussidiarie della signora « Contour per giungere alla pruova testimo« niale dei fatti che stabiliscono, che il detto « Courtois non aveva l' intenzione di spogliarsi « del prodotto della vendita della sua rendita, « e che unicamente a titolo di deposito il signo« re e la signora Lethorel n' erano detentori. »

« Attesochè la pruova dei fatti articolati dai « detti signor e signora Lithorel è inammessi« bile, e sarebbe contraria al divieto della leg« ge, poichè tenderebbe a provare un contratto « eccedente 150 franchi. »

(a) 2185 delle Leg. civ. *Il traduttore.*

« Ordina, che il signor e la signora Lethorel restituiranno alla signora vedova Contour la somma di 10mila franchi insieme agli interessi di quella al 5 per cento a contare dal giorno della dimanda. »

« Dice di non esservi luogo ad arrestarsi sulla dimanda di pruova della signora Contour, e dichiara il signore e la signora Lethorel non ammessibili e mal fondati nella loro dimanda di pruova dei fatti da loro articolati, e li condanna alle spese. »

Evidentemente questa sentenza era troppo contraria ai principî per essere mantenuta. Ecco l'arresto della Corte.

« Considerando in dritto, che secondo l'articolo 2279 del Codice civile in fatto di mobili il possesso vale per titolo; che da un altro lato secondo l'articolo 1924 del Codice Napoleone quello, che viene convenuto come depositario nel caso, in cui il deposito al di sopra di 150 franchi non è stato provato per iscritto, è creduto sulla sua dichiarazione; che la legge con questa disposizione ha voluto prevenire gl' inconvenienti della pruova testimoniale, riportandosene alla coscienza della persona, della quale il preteso deponente ha seguito la fede. »

« In fatto considerando, che il fu Courtois in maggio 1849 ha dato ai coniugi Lethorel una somma di 10,000 franchi, che costoro dichiarano di avere ricevuto a titolo di donazione manuale. »

« Considerando, che la vedova Contour ha tratto in giudizio i detti coniugi Lethorel per restituzione di questa somma di 10,000 franchi, pretendendo di averli ricevuti a titolo di deposito da Courtois; che in sostegno della sua dimanda la vedova Contour eccepisce delle presunzioni, che indica come gravi, precise, e concordanti, articolando al dippiù de' fatti precisi, ed offrendo la pruova testimoniale. »

« Ma considerando, che secondo la dimanda si tratta di un deposito volontario fatto senza scrittura; che la vedova Contour non prova di essere in veruno de' casi, in cui la legge permette la pruova dell'esistenza del deposito verbale per mezzo di presunzione o di pruova testimoniale. »

« Che da una parte non esiste verun principio di pruova scritta; che dall'altra la confessione giudiziaria de' coniugi Lethorel è indivisibile; che non potrebb'essere permesso all'attrice di scindere questa confessione sotto il pretesto della sua complessità, di accettarne la parte, che proverebbe rimessa a' coniugi Lethorel della somma di 10 mila franchi, e di rigettare la parte della confessione, che dà a questa rimessa della somma il carattere di donazione manuale. »

« Che così e sin dall' origine la sorte della dimanda della vedova Contour è dipesa intieramente dalla buona fede delle persone da lei convenute; cha una simile situazione è stata liberamente e volontariamente creata dal suo autore fu Courtois, e ch'ella deve subirne le consegnenze; che non potrebbero essere ammesse nè presunzioni nè pruova testimoniale contra la dichiarazione indivisibile de' pretesi depositari senza violare apertamente gli articoli 1356, 1923, e 1924 del Codice Napoleone (a).

« Mette nel nulla l'appello e quello, di cui è appello, ed emendando nel principale, dichiara illegittime le dimande fini e conclusioni ec. della vedova Contour. »

1050. Nulladimeno bisogna dimandarsi, se si potrebbe dividere la dichiarazione del possessore, che si asserisce donatario, ova questa dichiaraz one fosse d'una inverosimiglianza talmente urtante, che condurrebbe all'assurdo. Il sig. Merlin si pronunzia per l'affermativa col nuovo Denizart (1). Ed è lo stesso, secondo lui, quando questa dichiarazione è infetta di qualche menzogna, che ne renda sospetta la verità pel tutto. In simile caso vi è frode, e l'art. 1353 del Codice Napoleone ammette le presunzioni umane contro di un atto attaccato per causa di frode.

Si deve ancora potere discutere la dichiarazione, quando una delle sue parti è provata falsa.

La giurisprudenza vuole ancora, che si arrivi allo stesso risultamento, quando il possessore esercita una professione, che lo mette nella categoria di un presunto depositario; il che avverrebbe, se il possessore fosse albergatore, e che venisse ad affermare, essere stato investito a titolo di donazione manuale di una somma di denaro appartenente ad una persona, ch'è dimorata nel suo albergo (2).

1051. Abbiamo parlato del caso, in cui il possessore, che si pretende donatario, viene convenuto come depositario.

Avviene alle volte di essere presentato come mandatario. Questo caso è più delicato, perchè la legge ammette il mandato tacito in un gran numero di casi (3), e che d'altronde vi sono numerose professioni, che imprimono la presunzione del mandato alle rimesse delle cose fatte a coloro, che l'esercitano. Tali sono i commessionati ed altri agenti commerciali, gli operai, che sono incaricati di lavorare le materie, che sono loro affidate ecc. Un notajo non sarebbe facilmente creduto, se volesse dare il colore di una donazione manuale ad una rimessa di valori, che si lega alle sue operazioni abituali; e sarebbe lo stesso di un patrocinatore, di un agente di affari, di un agente di cambi ecc. Le circostanze hanno adunque mol-

(a) Uniformi agli articoli 1310, 1795, e 1796.

(1) Quistioni di dritto, v. *Confessione*, § 2, n. 1.

(2) Bourges, 30 luglio 1828 (Devill., 9, 2, 132).

(3) Il mio commentario del *Mandato*, n. 123 e 135.

Digitized by Google

to più impero nel caso del mandato, che nel caso del deposito.

Nondimeno l'autorità del possesso è ancora grandissima, ed occorrono delle gravi presunzioni per indebolirla.

Ed ecco una pruova emergente da un arresto della Corte di appello di Parigi degli 8 di dicembre 1851.

Un signore Altairac aveva ricevuto da una signora Demarcois de' titoli di 1500 franchi di reodita, gli uni nominativi, gli altri al latore. La signora Demarcois morì, ed Altairac rimise alla sua successione le rendite nominative; ritenne le rendite al latore.

Si pretese, che Altairac non poteva ritenere queste ultime rendite, perchè gli erano state affidate solamente per esigerne gli arretrati per conto della signora Demarcois. Altairac sostenne di essergli state donate.

Ecco l'arresto, che venne renduto sotto la mia presidenza.

« Considerando, essere certo sin dal presen« te, che Altairac ha per lui titolo e possesso; « che nulla prova, un tal possesso essere pre« cario; che la signora Demarcois ha messo i « suoi titoli di rendita nelle mani di Altairac, « e non ha richiesto da lui un ricevo; il che « non avrebbe omesso di fare secondo le sue « abitudini anteriori con altri, se non fosse « stato, che un semplice mandatario; che se« condo le circostanze della causa la vedova « Demarcois nel confidare i suoi titoli ad Al« tairac senza condizione scritta, senza precau« zione, nè riserva per l'avvenire, non ha agi« to, che in conseguenza di una volontà forma« le di trasmettergliene la proprietà; che si « tratta nella causa di valori al latore, la cui « trasmessione anche a titolo gratuito può far« si da mano a mano; che Altairac è inoltre « impossessato di una maniera regolare pel « fatto del proprietario, che ha inteso di spo« gliarsi irrevocabilmente; che in presenza di « queste pruove ed anche della buona fama, « della quale Altairac gode incontrastabilmen« te, i fatti, la cui pruova è offerta dalla parte « di Gressier, non sono nè pertinenti nè am« messibili ecc. ecc. »

1052. Talvolta il dono manuale si fa, impiegando l' intermedio di una persona amica, che s'incarica di rimettere la cosa a quella, che si vuole gratificare. Queste specie di fedecommessi sono frequentissimi, e fanno sorgere dei giudizi delicati, quando il deponente viene a morire, primachè il depositario abbia rimesso alla persona gratificata la cosa confidata alla sua fede. Ma siccome ho trattato questo punto nel mio commentario *del Deposito* con dettaglio, sono dispensato dall'occuparmene (1). Mi limito a rimarcare di nuovo, che la dichiarazione del depositario sulla persona chiamata a ricevere ha anche qui un' autorità tagliente.

1053. Ma la donazione manuale non perde la sua efficacia virtuale, quando invece di essere attuale irrevocabile ed assoluta, è soggetta all'evento della morte, e degenera in una donazione a causa di morte (2)?

L' affermativa è stata giudicata da un arresto della Corte di Bordeaux degli 8 di agosto 1853 (3), del quale non vorremmo accettare tutt' i motivi com' esprimenti delle verità incontestabili (4), ma che nel fondo consacra una decisione legittimissima. Esiste nello stesso senso un arresto più celebre della Corte di Parigi de' 4 di maggio 1816 nell'affare de' manoscritti di Maria Giuseppe Chénier (5). Chénier sul letto di morte aveva dato alla signora di Lesparda, sua amica, una parte de'suoi manoscritti. Aveva vuotato i cartoni, che li contenevano, e gliene aveva fatto la consegna. Questa signora sostenne contro gli eredi naturali di Chénier, esser ella proprietaria di questi manoscritti. Coloro per lo contrario pretesero, che la signora di Lesparda non era, che depositaria e donataria sotto la condizione della morte di Chénier, e n'è pruova, eglino dissero, che se fosse questi ritornato alla sanità, la signora di Lesparda non si sarebbe creduta dispensata di fargliene la restituzione. Se l'idea della donazione si è frammista all'atto di Chénier, il dono nel suo pensiero è stato subordinato all'evento della sua morte; epperò l'atto non può tradursi, che in un deposito ed in una donazione a causa di morte, ma manca delle formalità volute dalla legge per renderlo valido, dapoichè le donazioni a causa di morte non sono valide, che nella forma de'testamenti.

Questo sistema prevalse innanzi la Corte di Parigi, il cui arresto è così concepito:

« Considerando in dritto, che la tradizione « de' manoscritti da parte di un autore mori« bondo, non potendo essere fatta che in vista « della morte, dev'essere riputata donazione a « causa di morte, e come tale sottoposta alle « formalità de' testamenti — Considerando, che « da'fatti e dalle circostanze della causa risul« terebbe al più la presunzione di un deposito « nelle mani della donna Lesparda, ecc. »

Codesto arresto non ha l'assentimento del sig. Merlin (6). Quest' autore pensa, che una donazione manuale a causa di morte non è meno valida di una donazione manuale tra vivi, e non approva la Corte di Parigi di aver esatto pel dono in quist'one il concorso delle formalità testamentarie. Ma mi pare dubbio, che un dono manuale a causa di morte possa valere, come lo vuole il sig. Merlin.

(1) N. 146 e seguenti.
(2) V. gli esempii citati qui appresso.
(3) *Gazzetta dei Tribunali*, 26 ottobre 1853.

(4) *Sopra*, n. 44. *In fine* nella nota.
(5) Devill., 5, 2, 135.
(6) Quistioni di dritto, v. *Donazione*, § 6.

In generale il Codice Napoleone non ha veduto con favore i fedecommessi e le trasmessioni occulte, che possono nuocere agli eredi. L'art. 1939 (a) n'è la pruova (1). Quest'articolo vuole, che il depositario, incaricato verbalmente dal deponente di restuire la cosa ad un terzo estraneo, non poss'adempiere questo incarico dopo la morte di questo stesso deponente, e vuole, che nonostante ogni ordine e raccomandazione la cosa sia restituita agli eredi: e vuole così, perchè vede nell'incarico di restituire ad un terzo un fedecommesso sottoposto alla condizione della morte, un vero legato, che non essendo fatto nelle forme testamentaria, non potrebbe valere. Ciò stabilito, come la legge potrebbe consentire a lasciare il depositario padrone di trasmettere la cosa a sè stesso? Forse il mandato, che ha ricevuto, non è rivocato dal pari del mandato, del quale sarebbe stato investito per trasmettere ad un altro? (b).

Facciamovi bene attenzione. Supporre, come ha fatto la Corte di Parigi nel suo giudizio sovrano de' fatti, che la donazione è fatta a causa di morte, è supporre, che il donatario non è impossessato a titolo di proprietario in vita del donante; è dichiarare implicitamente, ma necessariamente, ch'esso è soltanto depositario e possessore precario; che il deponente si riserba di riprendere la cosa, e che ha il dritto di rivocare quanto è stato fatto (2).

In tali circostanze non potrebbe vedersi qui le condizioni sostanziali della tradizione, che fa la forza de' doni manuali. Il sig. Merlin dimanda perchè l'art. 893 del Codice Napoleone (c), che non fa ostacolo alla validità del dono manuale tra vivi, farebbe ostacolo alla validità di un dono manuale a causa di morte? « Se la sola tradizione, egli dice, basta per consumare l'una, per quale ragione sarebbe insufficiente per consumare l'altra? » (3)

Nonpertanto questa ragione è ben evidente, e stupisco, che sia sfuggita all'a sagacità del sig. Merlin: si è perchè la tradizione, che costituisce il dono manuale, è assoluta, irrevocabile, piena ed intiera, mentre la tradizione a causa di morte è precaria e rivocabile.

1054. Del resto non è vero in tutt'i casi, che il dono manuale di un manoscritto per pubblicarlo dopo la morte del donante, sia una donazione a causa di morte, imperocchè tutto dipende dalle circostanze e dall' intenzione. Se nell'affare Chénier i fatti si prestavano alla donazione a causa di morte, è possibile, che in altre ipotesi stabiliscano, il dono essere stato fatto irrevocabilmente, assolutamente dal donante in sua vita, a che unicamente il dritto di pubblicare sia differito dopo la morte (4). Allora è un dono manuale perfetto con la sola tradizione. I decisionisti non hanno rilevato abbastanza questa varietà.

1055. Quando la rimessa di un manoscritto è provata da una lettera, non si può dire, che sia il caso del dono manuale, del quale qui ci occupiamo, e che riposa nel solo possesso e sull'art. 2279 del Codice Napoleone (d); lo scritto fissa il carattere dell'otto, e si deve dar opera a comprenderne il pensiero. Ciocchè ha fatto la Corte di Parigi in un arresto de' 11 di decembre 1850, renduto nella causa della signora Luisa Collet (5).

1056. Si è veduto, che si può donare manualmente il manoscritto (6) di un' opera letteraria, perciocchè il manoscritto è un oggetto corporale, che cade sotto l'impero dell' articolo 2279. Il dritto di pubblicarlo non è, che una conseguenza della trasmessione del dritto di proprietà, di già perfetto per la tradizione manuale.

Si può ancora donare manualmente ogni sorte di oggetti mobiliari, del denaro, delle medaglie delle monete (7), dei gioielli ecc.

1057. Si può del pari donare manualmente dei titoli di rendita e di crediti, delle azioni, dei biglietti di commercio, se non che vi è da rimarcare, che i doni manuali di questa sorte di cose non si sostengono con la sola consegna come i doni manuali delle altre cose corporali, ma bisogna ancora, che il detentore giustifichi, che la trasmessione gliene è stata fatta nella forma propria di queste specie di titoli per attestarne l' alienazione.

Così per esempio un effetto di commercio non potrebbe essere manualmente donato, che in quanto è rivestito d' una girata. Questo punto è certo in giurisprudenza.

Rimarchiamo qui, che a torto si ripete sovente *et usque ad nauseam*, essere questi dei doni manuali di cose incorporali. Come potrebbe donarsi manualmente una cosa astratta, una cosa, che non à corpo? Si dona un titolo, e con questo titolo i dritti, le azioni, e gli emolumenti, che vi sono annessi.

1058. Non si giunge sino a respingere la

(a) Corrisponde all'art. 1811 delle Leg. civ. *Il trad.*

(1) Il mio comm. del *Deposito*, n. 150. *Infra*, n. 1076.

(b) Ma qui non vi è mandato di trasmettere ad alcuno e molto meno a sè stesso; non vi è fedecommesso, ma il donante dà direttamente al donatario. Se abbia dato irrevocabilmente o sotto la condizione della morte può dipendere dalle circostanze, ma in quanto alla necessità de' solenni delle donazioni a causa di morte la quistione è più difficile, conciochè non si può qui invocare il principio, che in fatto di mobili il possesso vale per titolo. Ben si vede, che questo titolo svanisce, se il donante non muore. *Il traduttore.*

(2) V. qui sopra, n. 42 e 43.

(c) Corrisponde all'art. 813 delle Leg. civ.

(3) Quist. di dritto, *luoc. cit.* § 6, p. 456, col. 1.

(4) Bordeaux, 4 maggio 1843 (Devill., 43, 2, 479).

(d) Uniforme all'art. 2185 delle Leg. civ. *Il traduttore.*

(5) 1ª Camera (Devill.; 50, 2, 625).

(6) Salviat, *quaest.* 18.

(7) Bordeaux, 4 maggio 1843 (Devill., 43, 2, 479).

girata in bianco di un effetto negoziabile (1), benchè in generale questa specie di girata sia irregolare: quì basta, che possa valere come procura, perciocchè si è autorizzato a pensare, essere stato il donatario impossessato relativamente ai terzi in virtù del dritto (conferitogli implicitamente) di completare la gira a suo favore, di riscuotere l'ammontare dell'effetto di commercio, e di applicarlo a suo profitto.

1059. Che se il titolo non fosse negoziabile, una girata irregolare potrebbe non essere presa in considerazione dal Giudice.

Una ricognizione di prestito di 11,270 franchi, 70 centesimi era stata sottoscritta a favore di Dumeuil-Lamillerie dal'a casa di Banco David Fombelle. Questa ricognizione non era nella forma di un effetto al latore, nè di un biglietto o promesse trasmessibile per via di girata. Dumenil-Lamillerie volendo farne un dono a Gerardot Fombelle gli diede questa ricognizione, scrivendovi in dorso: « Pagate al« l'ordine del signor Fombelle o Blanc, 27 « settembre 1838. »

Ed in effetti venne pagata. Il donante morì: i suoi eredi convenuero Gerardot Fombelle, e poichè la girata non portava la menzione di valore fornito, gli eredi sostennero essere nulla ed insufficiente per produrre effetto relativamente ad essi. Ecco il loro ragionamento: Se è vero, cho un contratto a titolo oneroso possa servire di mantello ad una donazione, conviene sempre, che questo contratto sia valido nella forma. Ora qui la girata non vale nulla come girata in quanto si applica ad un titolo non negoziabile. Si vuole che sia una cessione? Ma non vi è prezzo stipulato, ed anche sotto questo rapporto l'atto manca di una condizione di esistenza. Epperò nullità sotto lo aspetto di un contratto oneroso, nullità sotto l'aspetto di una donazione propriamente detta, dappoichè il donante si è messo al di fuori dei solenni della donazione.

Questo sistema fu adottato da un arresto della corte di Bourges dei 10 di febbraio 1841, confermato con arresto della camera dei ricorsi del 1 di febbrajo 1842 (2).

Questa decisione della Corte di Bourges può essere considerata come severa, e tale il relatore signor Duplan l'aveva veduta. Però è evidente, che le qualificazioni, che erano prevalute innanzi le corte di Bourges, mettevano ostacolo al ricorso in cassazione.

1060. Il trasferimento di une rendita sul Gran Libro fatto nella persona di colui, al quale si vuole donarla, è la via ordinariamente seguita per fare questa liberalità. È una via regolare, ed indarno si pretenderebbe, non essere state osservate le formalità delle donazioni (3).

Il che è stato giudicato dalla Corte di Cassazione con arresto dei 24 di luglio 1844 (4), che he avuto una certa notorietà, e che bisogna fare conoscere particolarmente, perchè non è stato sempre ben compreso.

Errico Foyen, detto Cessin, aveva fatto passare la nuda proprietà delle sue rendite sulla testa di Filippo Prospero Foyen minore, mercè un trasferimento dei 16 di febbrajo 1824. Questo Filippo Prospero Foyen era figlio naturale di Elisabetta-Rosalia Foyen figlia naturale di Coffin (5), e più tardi da lui legittimata. La madre morì prima di suo figlio e quest' ultimo alla sua volta morì dopo Caffin senza alcun erede. Il fisco prese la sua successione.

Caffin aveva lasciato una vedova sua donataria universale. Costei pretese, che il trasferimento dei 24 di luglio 1824 mascherava una donazione, che questa donazione non era stata accettata, che essa non poteva produrre effetto ai termini dell' art. 932 del Codice Napoleone, e che perciò la rendita in quistione faceva perte della successione di suo merito, a lei devoluta. Un arresto della corte di Parigi dei 16 di giugno 1842 consacrò questo sistema (6).

Questo arresto non poteva mancare di essere cassato, ed in effetti lo fu dal precitato arresto della camera civile; arresto nettissimo e fermissimo, reda to con precisione e logica, e del quale vanamente si contrasterebbe il potere (7). L'inscrizione pruva la proprietà; or che la proprietà provvenga da una donazione o da una compra poco importa; la pruova è completa con la iscrizione, nè vi è più altro da esigere dal latore.

Indubitatamente se la donazione nascondesse una frode, non potrebbe sostenersi, ma niente di simile è allegato nella specie. Si critica la donazione soltanto per mancanza di accettazione, e l'accettazione risulta qui implicitamente necessariamente dal contratto adottato essa non è sottoposta a delle giustificazioni particolari, ed il trasferimento essendo la forma scelta deve essere preso nelle condizioni ordinarie della sua esistenza. Adunque la pruova della consumazione dell'affare è piena ed intiera. L'agente di cambio è stato il mandatario legale del nuovo creditore nella forma particolare di questo genere di atti.

1061. La causa essendo stata rinviata alla Corte di Orleans, una consultazione tentò di darle un nuovo aspetto (8). Dapprima si volle smontare l'arresto della Corte suprema, prestandogli delle conseguenze ebusive; venne presentato come capace a potere far sorgere

(1) Cassaz. 3 agosto 1841 (Devill., 41, 1, 621) 12 dicembre 1815 (Devill., 5, 1, 122) Pau, 10 marzo 1840 (Devill., 42, 2, 82).

(2) Devill., 42, 1, 203.

(3) Cassaz. 19 di agosto 1823 (Devill., 7, 1, 315).

(4) Cassaz., 26 luglio 1844 (Devill., 44, 1. 787).

(5) V. l'arresto d'Orleans dei 9 luglio 1845 (Devill., 46, 2, 114).

(6) Devill., 42, 2, 361.

(7) Il che nondimeno tenta di fare il Sig. Devillencuve, 46, 2, 108, 109.

(8) Devill., 46, 2, 108, 109.

le più gravi frodi, ed investire il padre di famiglia del dritto di eludere per mezzo di trasferimenti simulati tutte le proibizioni (1). Ora di ciò non vi è alcun' apparenza nell' arresto, ma vi è tutto il contrario.

Sotto di un altro aspetto si attaccò la donazione come fatta ad un incapace. Il donatario era figlio della figlia naturale del donante; egli era, si diceva, persona interposta nell'interesse di sue madre naturale. Ma questa era stata legittimato da suo padre, il perchè non era colpita da veruna incapacità, e l'interposizione di persona era un non-senso. Era chiaro, che Caffin aveva voluto gratificare non altri, che il figlio di lei, e questo figlio alla sua volta non apparteneva al donante per alcun legame di parentela legittime; estraneo a questo stesso donante sotto il rapporto legale, poteva ricevere come ogni altro i vantaggi, che gli erano stati fatti.

Infine si riproduceva il mezzo ricavato dalla mancanza di accettazione, ma su questo punto come sugli altri la Corte d'Orleans respinse l'insostenibile pretensione degli avversari del fisco (2).

1062. Risulta da tutto ciò, che il trasferimento basta con le sue forme ordinarie per provare la trasmessione delle proprietà, e non concepisco, che i decisionisti abbiano alcvato dei dubbi sulla legittimità di questa giurisprudenza (3). Il donatario è impossessato a titolo di proprietario con una completa regolarità e nella più irrevocabile maniera. Sarà, se così si vuole, una donazione nascosta sotto la forma di un contratto oneroso, ma vedremo bentosto, che questa maniera di donare è tanto efficace, quanto la donazione fatta direttamente.

1063. La digressione, alla quale ci siamo abbandoneti, è state un poco lunga. La donazione manuale ci si è presentata su' nostri primi passi nel commentario dell'art. 931, ed è bisognato di trattare con dettaglio questo punto delicato, e dal dono manuale siano stati trasportati ad occuparci delle donazioni di crediti, che sovente a torto si sono messe sulla medesima linea.

Ritorniamo alle disposizioni dell'art. 931.

Quest' articolo, la cui severità si spiega con ragioni di ordine pubblico, che abbiamo più sopra esposte (4), è applicato in una maniera rigorosissima alle donazioni dirette, vale a dire alle donazioni propriamente dette, che si fanno nello scopo dichierato di donare, e nella maniera specifica tracciata dalla legge.

Supponiamo dunque, che una persona voglia fare una donazione, e che la faccia con atto sotto firma privata. Una donazione diretta sotto firma provata è una mostruosità, e la legge non la riconosce, neanche quando quest'atto fosse stato depositato presso un notaio, registrato, e trascritto all'uffizio delle ipoteche (5). I tribunali non potrebbero avere riguardo a delle volontà, che hanno potuto essere traviate da forme ingannatrici. Nè v' ha per essi altra volontà reale oltre quella, ch'è stata manifestata nelle forme richieste dalla sapienze della legge (6).

1064. La nullità è talmente grave e radicale, che può eccepirla anche il donante (7), e la ragione si è, che i solenni della donazione sono di dritto pubblico, e che la volontà del donante non può dispensarne (8).

E ben più invano il donante tenterebbe di coprire e ripararne i vizi con un atto confermativo, perciocchè la donazione essendo nulla nella forma, bisogna secondo l'art. 1339 (a), che sia rifatta nella forma legale. Ed in effetti è una regola di dritto, che *confirmatio nihil novi juris addit;* la conferma di una cosa nulla per difetto di forma intrinseca non può produrre effetto, che in quanto essa stessa contiene una nuova manifestazione di volontà, rivestita di tutt'i solenni del dritto. Ma allora non vale come atto confermativo, me più come atto primitivo e *per se stans*.

Così il donante può sempre fare annullere la sua donazione, nonostante ogni conferma, che ne ha abbia fatta, qualunque esecuzione, che vi abbia dato volontariamente (9). Quest'esecuzione, checchè ne dica il sig. Toullier (10) non può essere opposta al donante, perciocchè non le si può dare maggiore forza di quella che ha l'atto stesso, del qual'è la conseguenza. Se l'atto è nullo, e che nondimeno si vuole convalidarlo per mezzo di quest'esecuzione, è la stessa cosa di dire, che quando vi è tradizione (anche di cosa immobiliare) si può donore sotto firma privata; dottrina insostenibile, perocchè ogni volta, che si redige un atto di donazione, è necessario, che sia redatto nella forme notariale, sia che vi sia oppur no tradizione (11).

1065. Non è lo stesso relativamente a' terzi. Principalmente nel loro interesse il legisletore ha introdotto le formelità della donazione, per

(1) V. *loc. cit.*, la consultazione deliberata dal Sig. Huet, ed alla quale avevano aderito i sign. Filippo Dupin, Duvergier e Paillet.
(2) 9 luglio 1845 (Devill., 46, 2, 108).
(3) Il Devilleneuve.
(4) N° 1036.
(5) Pothier, *Introd.* al tit. 15 *Della consuetudine di Orleans*, n. 28. Merlin, v° *Donazione*; Toullier, t. V, n° 173.
(6) Cassaz. 8 novembre 1848 (Devill., 48, 1, 684). Id. 7 dicembre 1846 (Devill., 47, 1, 69).
(7) Pothier, *Donazioni*. sez. 2, art. 4, Merlin, Repert. v° *Testamento*, p. 761. e *Transazione*, § 5, n. 4.
(8) Fabro, C., *De revoc. donat.*, def. 5 ed 8.
(a) Art. 1293 delle leggi civ. *Il tradut.*
(9) Art. 6 dell'ordinanza del 1731.
(10) T. V. n. 190
(11) Merlin, Repert., v° *Donazione*, p. 86, § 7. *Infra*, n. 1090.

lo che possono eglino rinunziare a questo interesse sia tacitamente sia di una maniera esplicita. E nel numero di queste terze persone,che tali forme interessano, sono gli eredi o aventi causa dal donante. Se dopo la morte di quest'ultimo eglino confermano o ratificano la sua donazione, se l'eseguono volontariamente, ne risulta, che rinunziano ad opporre sia i vizi di forma sia ogni altra eccezione (1).

1066. È inutile di dire, che gli eredi del donante possono essere ammessi a querelare i vizi di forma della donazione, malgrado l'esecuzione, che vi ha dato il loro autore. Qui non si potrebbe opporre loro il fatto di colui, dal quale ripetono i loro diritti,dappoichè non hanno ricevuto da lui il potere di fare annullare la donazione per vizio di forma,il qual è un dritto, che la legge accorda loro personalmente, perchè principalmente nel loro interesse la legge ha stabilito i solenni dell'a donazione. Per lo che il fatto del loro autore non può legarli, ed il loro dritto rimane intatto (2).È da gran tempo, che questo principio è ammesso da' giureconsulti. La legge *Lucius* 32 D. *de donat.* porta una decisione, che ha molt'analogia con la nostra, e Cujacio l'insegna dottissimamente nell'interpretazione, che dà di questa legge (3).

1067. In riassunto è di estrema importanza di conformarsi alla legge sulla forma della donazione. Imperciocchè la legge non ha pronunziato senza gravi motivi la pena di nullità contro l'inosservanza di queste formalità. In tali materie i Giudici non debbono capitolare, nè mostrarsi più indulgenti del legislatore.

1068. Vi è qualche cosa di particolare negli atti, che contengono donazione di effetti mobiliari, ed è, che debbono essere accompagnati da uno stato estimativo sottoscritto dal donante e dal donatario, e che rimane annesso alla minuta della donazione (art. 948 (a)). Epperò la legge esige il concorso di due condizioni per la validità dell'atto di una simile donazione: 1.° atto notarile; 2.° stato estimativo annesso alla minuta. C'intenderemo dippiù su tal rapporto sull' art. 948 (4), e qui ci limitiamo ad un punto, che si lega a quello, che abbiamo detto precedentemente del potere del donante per fare annullare l'atto di donazione sprovveduto de' solenni del dritto.

Il sig. Toullier (5) pensa, che se non vi fosse uno stato estimativo, e che nondimeno dopo l'atto di donazione il donante avesse rilasciato i mobili, non potrebbe reclamarli, imperocchè la donazione diverrebbe un dono manuale, che non ha bisogno di titolo, ed il possesso ne fa le veci.

Ma è facile di rispondere, essere una regola triviale in dritto, che vale meglio non avere titolo, che averne uno vizioso. Se non fosse stato redatto alcun atto di donazione, allora la donazione sarebbe puramente manuale, ed il possesso varrebbe per titolo. Ma nel caso supposto dal sig. Toullier vi è stato un atto redatto, il che mostra, che le parti hanno giudicato convenevole di fare dipendere da quest'atto la pruova della donazione. Ora quest'atto è nullo per difetto di forma. Epperò il possessore dei mobili, che ricava da quest'atto il suo possesso, non può argomentare da questo possesso, perciocchè è fondato su di un titolo nullo, e che per conseguenza è vizioso. Nella prima redazione l' art. 948 era così conceputo: « Ogni donazione di effetti mobiliari, se non vi » è tradizione reale, sarà nulla, se non è annesso alla minuta uno stato estimativo. » Ma questa redazione fu rigettata, e vi si sostituì quella, che presenta l'art. 948, e ciò sull'osservazione fatta dal sig. Tronchet: « Che ogni » volta, che la donazione è fatta con un atto, » dev'essere accompagnata da uno stato,anche » quando vi è tradizione reale (6) » Ci sembra, che questa osservazione tronca la difficoltà. Il sig. Toullier argomenta dall'art. 1340 del Codice Napoleone (b), ma quest' articolo è unicamente applicabile agli eredi del donante, e fa pure un evidente contrasto con l'art. 1339 (c), che non vuole, che il donante possa coprire con alcun atto confermativo il vizio di una donazione nulla nella forma (7). Del resto avremo occasione di ritornare su questo punto nel nostro commentario dell'art. 948 (8).

1069. Delle donazioni dirette, delle quali ci siamo occupati, bisogna passare alle donazioni con pesi, che presentano un miscuglio di ob-

(1) Art. 1340 C. Nap. Merlin, Repert., v° *Testamento*, p. 761. Zachariae, t. V. p. 60.

(2) Merlin, Repert., v° *Atto sotto firma privata*, p.96.

(3) *Quest. Papin.*, lib. 29, sulla legge 27, D., *De donat.*

(a) Art. 872 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(4) *Infra*, n. 1229 e seg.

(5) T. V, n. 180. *Aggiungi* Duranton, t. VIII, n. 390. Zachariae, t. V, p. 68. *Contra.* Dalloz, t. V, p. 335, n. 6.

(6) Fenet, t. XII, p. 373, dice: « Anche quando non vi è tradizione reale, » il che è un controsenso.

(b) Art. 1294 delle leggi civ. *Il tradut.*

(c) Art. 1293 leggi civ. *Il tradut.*

(7) Nulladimeno Furgole dice che, se il donante si fosse attualmente spogliato nel momento dell'atto di donazione, la formalità dell'atto estimativo (prescritto pure dall'art. 15 dell'ordinanza del 1731) sarebbe inutile, e presenta la sua opinione come indubitabile. Ma si può dire, che sotto di questa ordinanza la mancanza dell'atto estimativo non rendeva nulla la donazione, ma solamente privava il donatario di un'azione per reclamare i mobili donati troppo vagamente (*vedete* quest'articolo 15): mentre il Codice dice positivamente che la donazione non sarà valida (948). Sembra che queste parole inducono una nullità assoluta, quandochè l'art. 15 ricusava soltanto un'azione; ora, quando i mobili erano stati consegnati, l'art. 15 scompariva, perchè il donatario aveva i mobili senz'azione, e li conservava per mezzo di un'eccezione.

(8) *Infra*, n. 1225 e seg.

Digitized by Google

bligazioni onerose e di liberalità (1). Si sa, che le donazioni, nelle quali i pesi sono quasi l'equivalente della liberalità, non sono delle vere donazioni: *non proprio donatio appellabitur*, dice Giuliano (2), ma sono de'contratti innominati *do ut des, facio ut facies*, specie di cambi di vicendevoli prestazioni (3). Non è sempre facile di distinguere i casi di vera donazione e di contratto innominato (4), e si debbono valutare le circostanze; che hanno in simile materia il più grande imperio.

Quando per esempio il peso è considerevole, e ch'è a profitto ed a vantaggio del donante, in questo caso è probabile, che quest'ultimo non abbia donato per esercitare una liberalità pura, perchè l'ha determinato una causa interessata e non gratuita. Ma quando il peso è imposto per una terza persona senzachè il donante ne ricavi alcun profitto, è più verosimile, che l'atto conservi il carattere di una spontanea liberalità. Così se dono 10, 000 franchi a Tizio col peso di pagare 2 000 franchi a Cajo nel giorno del suo matrimonio, opero per un puro spirito di beneficenza; dono in tutta l'estensione del termine, fo una vera donazione (5).

1070. Dalla differenza tra le donazioni propriamente dette e quelle, che lo sono soltanto imperfettamente, risulta una conseguenza importante, ed è, che se le prime debbono essere redatte nella forma autentica, le altre non vi possono essere soggette, perchè non sono delle disposizioni a titolo gratuito. Se per esempio vi dono il dominio di un suolo, di cui sono proprietario, affinchè vi fabbrichiate una casa, della quale avrò la metà, questo contratto innominato, la cui specie attingiamo nella legge 13. §, 1 D. *De praescript. verbis* (6), non dovrà essere stipulato nella forma della donazioni ordinarie, ma nulla vieta, che sia redatta sotto firma privata. *Sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem* (7). Si possono mettere sulla stessa linea le donazioni a rendita vitalizia o con peso di usufrutto, di cui parla qui sopra l'art. 918 del Codice Napoleone.

Diremo altrettanto di un abbandono fatto da una persona ad un'altra con peso di nutrirla, vestirla, alloggiarla, tollerare le incomodità della sua vecchiaja, far fare i suoi funerali. Vi è in ciò un contratto innominato, una convenzione aleatoria, nella quale si può dire co'dottori: *Commodum si quod sit, pendet omnino ex eventu* (8).

1071. Potrebbe avvenire, che il peso imposto al donatario non fosse un'equivalente della cosa donata. Sarebbe allora un contratto misto, che terrebbe della donazione e de'contratti a titolo oneroso. Se questo contratto fosse fatto in frode della quota disponibile, si potrebbe ridurlo sin alla debita concorrenza in quello, che vi sarebbe di gratuito (9). Ma non si potrebbe sotto pretesto di donazione annullarlo, se fosse fatto sotto firma privata. Imperocchè partecipando del titolo oneroso, che comporta l'atto sotto firma privata, bisognerebbe decidersi in quest'alternativa pel partito della validità. » *Magis est ut valeat, quam pereat dispositio.* »

1072. Chè se il peso imposto al donatario per lo profitto del donante fosse uno di quei pesi, che sebbene non espressi, sono sempre sottintesi in ogni donazione, questo peso comunque espressamente stipulato, non farebbe, che la donazione non fosse a titolo puramente gratuito. Così se il donante imponesse al donatario il peso di nudrirlo in caso d'indigenza, siccome il gratificato deve sempre gli alimenti a colui, che si è spogliato a suo favore (articolo 955), e che questa obbligazione è di dritto, bisognerebbe decidere, che la donazione non sarebbe valida, se non fosse fatta nella forma autentica (10).

1073. Gli stessi aspetti si presentano, quando si prenda ad esaminare le donazioni rimuneratorie (11). Nondimeno si è molto discusso sulla quistione, se le donazioni rimuneratorie sono soggette oppur no alle formalità del nostro articolo (12). In teoria si può discutera su di ciò sino all'infinito, ma a che giova questo scolastico torneo? Nel Foro, ove tutto si traduce in una maniera precisa, si tiene per certo, che questa quistione dipende molto dal punto di fatto, e che non si potrebbe risolverla in un modo assoluto. Se l'atto è meno una donazione che una dazione in pagamento per servigi valutabili, può farsi a meno delle formalità delle donazioni (13). Tale sarebbe la costituzione di una rendita vitalizia con atto sotto firma privata ad un domestico, che avesse renduto dei lunghi ed antichi servigi. Sarebbe allora piuttosto un'obbligazione or-

(1) *Sopra*. n. 63.
(2) L. 1, D., *De donat.*
(3) Pothier, *Pand.*, t. III, p. 32, n. 6.
(4) *Sopra* n. 355.
(5) Ricard, *Donat.*, part. 1, n¹. 1101 e seg.
(6) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 454. n. 22.
(7) L. 19, § 5, D., *De donat.* Pothier, *Pand.*. t. III, p. 33, n. 5.
(8) Arresto del parlamento di Parigi del 18 aprile 1587 (Louet, lettera *D*, somm. 22).
(9) L. 5, § 5, D., *De donat. inter vir et uxor.*
(10) Ricard, *Donat.*, part. I, n. 1103.
(11) Brodeau *su Louet*, lettera *D*, somm. 22.
(12) Toullier, t. V, n. 186 e seg., è per la negativa; Merlin per l'affermativa (Repert., v° *Donazione*, p. 155).
(13) Colmar, 10 dicembre 1808 (Devill., 2, 2, 446). Id., 18 luglio 1809 (Devill., 3, 2, 103). Bordeaux, 24 marzo 1835 (Devill., 35, 2, 412). Douai, 4 aprile 1843 (Devill., 43, 2, 483). Caen, 19 maggio 1841 (Devill., 42, 2, 11). Cassaz., 3 febbraio 1846 (Devill., 46, 1, 502).

Digitized by Google

dinario, che una donazione (1), o come dice Cujacio « un cambio piuttosto che una liberalità. « *Permutationes potius sunt beneficiorum, quam donationes* (2); il che si accorda con le proprie espressioni di Ulpiano, *genus quoddam permutationis* (3), e coi principi di Labeone, *Extra causam donationum esse talium officiorum mercedes* (4).

1074. Ma se la donazione non presenta il carattere di cambio, di *datio in solutum*, che fa il vero contratto oneroso; se non ha per causa, che un sentimento di riconoscenza, che agisce nel foro interno, essa non è altro, che una donazione ordinaria, e deve vestirne le forme solenni.

In effetti queste donazioni sono fatte *nullo jure cogente*; verun legame di dritto vi astringe il donante, ed il donatario non ha veruna azione per obbligarvelo (5). È inutile di dire col signor Toullier, che le leggi dell'onore prescrivono la riconoscenza (6). » Alla buon ora! Ma vi ha mille modi di testimoniare la propria riconoscenza diversamente che con la donazione della propria roba. Molti non vorrebbero neppure accettare altra ricompensa dei loro servigi, fuori dei sentimenti affettuosi, che nell'ordine morale hanno più prezzo delle ricompense pecuniarie; molti da un altro canto dovendo il loro patrimonio ai loro figli ed alle loro famiglie (7), non potrebbero esprimere la loro gratitudine con la rovina dei loro. Epperò non vi è qui verun legame di dritto: tutto si fa spontaneamente, cordialmente, secondo le leggi del foro interiore. E se la riconoscenza va sino a determinare una donazione, non è perchè vi sia un' obbligazione precisa, ma è un movimento del cuore, che agisce *nullo jure cogente*.

In simile caso non bisogna perdere di veduta l'articolo 893, che dice, che « non si può « disporre a titolo gratuito che per donazione « o testamento nelle forme particolari (8). »

Queste ragioni avevano determinato il legislatore del 1731 a non adottare l'opinione dei dottori più antichi, che avevano eccettuate le donazioni rimuneratorie dalle donazioni propriamente dette (9). Oggi come sotto l'ordinanza del 1731 le sole donazioni rimuneratorie, che sfuggono alle prescrizioni dell'articolo 931, sono quelle che servono a pagare dei servigi precisi, valutabili in denaro, e pei quali il donatario avrebbe avuto un' azione in giudizio (10). Ciò dipende dalle circostanze, e l'equità del giudice ordinariamente le sa discernere con aggiustatezza.

1075. Alle donazioni rimuneratorie per servigi valutabili si può assimilare una donazione fatta per l'adempimento di un' obbligazione naturale strettissima di dare degli alimenti.

Per esempio l'obbligazione di pagare una pensione vitalizia ad una sorella nell'indigenza non ha bisogno assolutamente di essere stipulata nella forma autentica (11). In verità questa obbligazione non potrebbe prodursi con una azione in giudizio, ma l'onore, la delicatezza, e la natura ne fanno un così preciso dovere, che vi è una causa evidente di obbligazione. Rimarcate inoltre, che questa non somiglia alla donazione rimuneratoria, che è tanto meno obbligatoria, che la riconoscenza può tradursi per mezzo di altri servigi. Qui non vi è via di mezzo; l'obbligazione naturale parla di una maniera precisa, e bisogna, che si risolva in alimenti sotto pena di essere derisoria.

1076. Abbiamo parlato più sopra (12) di un genere di liberalità tutto particolare, vale a dire delle remissioni di debiti, che sono state sempre circondate da tanti favori, che non vi vogliono delle formalità per farle valere. D'altronde sono piuttosto dei distratti, che dei contratti; *distractus potius quam contractus*, e possono essere fatte per lettere missive o in qualunque altro modo (13).

Talvolta le remissioni dei debiti si fanno sotto forma di fedecommessi. Per esempio: Primo ammalata sul suo letto di morte dice a Secondo: « Ecco un titolo di 10,000 franchi, « che ho contro Terzo. Se muojo, glielo farete la rimessa. » Non viene redatto verun atto. Primo muore. Che deve fare Secondo depositario? Deve rimettere a Terzo il titolo confidato alla sua fede? ovvero deve rimetterlo agli eredi di Primo? Per arresto della corte di appello di Parigi del 1 di dicembre 1850 sotto la mia presidenza è stato deciso, dover essere una tale quistione giudicata coi principî del deposito, e che il titolo doveva essere

(1) *Sopra*, n. 960.

(2) Sulla leggo 27, D., *De donat.* (*Quist. Papin.*, lib. 29).

(3) L. 25, § 1, D., *De de hered. petit.*

(4) L. 19, D., *De donat. Aggiungi* l. 34, § 1, D., *De donat.* (Paulo).

(5) È l'opinione di Pothier, *Donaz. tra vivi.* sez. 2, art. 3, § 1.

(6) *Luoc. cit.*

(7) Mantica, *De conject. ult. volunt.*, lib. 12, t. VI, n. 17.

(8) Voet, che scriveva secondo l'autorità delle leggi romane, non ha potuto dispensarsi di classificare le donazioni rimuneratorie tra le donazioni perfette: « *Si* « *enim*, dice questo giudizioso autore, *factam ob prae-* « *cedentia merita donationem velis impropriam esse,* « *vix erit, ut ullam donationem propriam invenias, dum* « *plerumque donantes ex praecedente causa ad absolu-* « *tam et irrevocabilem liberalitatem moveri solent; et* « *donatio sine ulla praecedente causa ad donandum im-* « *pellente profusio magis ac prodigalitae, quam libe-* « *ralitae est.* » (*Ad Pand.*, lib. 39, t. V, n. 3, *in fine*).

(9) Fabro, C., *De rivoc. donat.*, def. 5 ed altre numerosissime. *Contra*, Ricard, *Donat.*, part. 1, n. 1097. Brodeau *su Louet*, lettere *D.*, somm. 22.

(10) Pothier, *luoc. cit.*

(11) Douai, 6 maggio 1825 (Dalloz, 27, 1, 7).

(12) N. 49.

(13) Fabro, C., l. 2, t. XXXVI, def. 4. Limoges, 9 luglio 1821 (Devill., 7, 1, 217).

rimesso agli eredi (1) (art. 1939 (a)); dapoichè sarebbe stato mestieri di un'atto di ultima volontà, onde avvenisse altrimenti (2).

1077. A questo arresto si può opporre, ed in effetti si opponeva nella discussione, un arresto della corte di cassazione dei 2 di aprile 1823, renduto nelle circostanze, che sieguono (3).

Giacinto Ardant era creditore di suo fratello Ardant Marsac di una somma di denaro. Nel partire per una spedizione militare redasse una quietanza di questa somma, e la rimise co' titoli ad un signor Duclos, onde in caso di accidente questi consegnasse il tutto ad Ardant Marsac.

Giacinto Ardant perdè la vita nella battaglia. La signora Ardant pretese, che questa disposizione non fosse valida (4); che era una remissione di debito subordinata alla condizione della morte, vale a dire una donazione a causa di morte; che il donante non si era spogliato; che restava padrone sino alla sua morte di ritirare dalle mani del depositario la quietanza e che il donatario non aveva il dritto di farsela consegnare prima della morte.

Nondimeno la corte di Limoges si pronunziò per la validità della donazione, e sul ricorso intervenne un arresto della corte di cassazione dei 2 di aprile 1823; che rigettò il ricorso (5).

« Attesochè secondo l'articolo 1282 del codice civile (b) la remissione del debito non è soggetta ad alcuna formalità; che può dunque essere semplice o condizionale, diretta o per intermediario, e che conseguentemente nel giudicare, che la quietanza rimessa da Giacinto Ardant, creditore di Duclos, per consegnarla in caso di accidente a suo fratello, suo debitore, era valida, l'arresto si è conformato alla lettera ed allo spirito del detto articolo. »

Per difendere questo arresto si può ricorrere alle osservazioni, che abbiamo presentate a tal riguardo nel nostro commentario del deposito (6). Tutto dipende dalla quistione se il donatario aveva accettata la donazione in vita del donante per l'intermedio del depositario *negotiorum gestor*. In questo caso non era più rivocabile, ma irrevocabile, comunque sottoposta ad una condizione. Nel donare il donante non riteneva; si era spogliato (7), e questo aspetto ha dominato nella causa, ed ha procurato la vittoria al donatario. Se fosse stato altrimenti, la signora Ardant avrebbe dovuto trionfare (8).

1078. Può avvenire, che la remissione del debito si faccia con una quietanza fittizia, data dal creditore al debitore, che si vuole liberare. Questa donazione occulta non è meno valida di quelle, che si fanno pei mezzi analoghi esposti qui sopra. Bisogna nondimeno, che la quietanza non sia stata rilasciata per errore o per sorpresa, e che se non ha per causa un pagamento reale, proceda per lo meno da un pensiero meditato di liberalità. Che se risulta dalle circostanze, la quietanza non essere stata rilasciata con piena conoscenza di causa, e con una volontà ben deliberata, il debitore resterà debitore della somma. Il che è stato giudicato da un arresto della corte di Bordeaux dei 23 di gennaio 1832 (9). Nonpertanto non anderemo sino a dire con questo arresto, che non basta al debitore di presentare la sua quietanza, e che deve provare ancora, che emana da una volontà ben reale di gratificarlo; ciò sarebbe un' esigere troppo dal debitore, e non è tenuto di fare questa pruova, se non quando, come nella specie giudicata da questo arresto, risultassero degl' indizi costanti nella causa, che la quietanza non può legarsi nè al pagamento nè ad una liberalità riflettuta.

1079. Le rinunzie ad una prescrizione accettata sono degli atti esenti dalle formalità delle donazioni, benchè abbiano qualche cosa di gratuito (10). L'articolo 931 non si applica a questa sorte di liberalità.

1080. È lo stesso delle liberalità indirette; come quando si renda fidejussore per qualcuno (11). Questi sono piuttosto dei servigi, che delle liberalità propriamente dette.

1081. Le liberalità stipulate a favore di un terzo come peso di un contratto principale (12) sono del pari esenti dalle solennità delle donazioni, imperocchè sono ancora delle liberalità indirette (13), mentre l'atto deve essere solenne solamente quando la liberalità n' è lo scopo finale e la causa prima.

1082. La donazione occulta sotto la forma di contratti onerosi, delle quali abbiamo avuto occasione di dire già qualche cosa (14) deve occuparci qui più particolarmente.

Queste specie di donazioni non sono nuove. I Corinti desiderando di gratificare gli Ateniesi con un dono di venti navi, ma non potendolo a causa di una legge, che vietava di donarne

(1) Arresti conformi, Parigi, 1° marzo 1826 (Devill., 8, 2,200), Bordeaux, 5 febbraio 1827 (id., 8, 2, 326 e 327).
(a) Art. 1811 delle leggi civ. *Il trad.*
(2) *Sopra* n. 1052, 1053, 1054. Il mio comm. del *Deposito*, n. 150.
(3) Devill., 7, 1, 217.
(4) Secondo il Grenier, t. 1, n. 10.
(5) Devill., 7, 1, 217.
(b) Art. 1236 delle leggi civ. *Il tradut.*
(6) N. 150 e seg. V. Devill., 46, 2, 105, nota 3.
(7) Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. 1, p. 194.
(8) *Sopra*, n. 1053.
(9) *Gazzetta dei Tribunali* dei 9 aprile 1852, n. 7723.
(10) Furgole sull'ord. del 1731, p. 17. Il mio comm. della *Prescrizione*, n. 80. Cassaz. 26 marzo 1845 (Devill., 47, 1. 120).
(11) Furgole, *luoc. cit.*
(12) Art. 1121 C. Nap.
(13) Cassaz., 27 gennaio 1819 (Devill., 6, 1, 14).
(14) *Sopra*, n. 730. V. Devill., 1, 1, 746, ind. degli arresti. Arresto dei 22 marzo 1848 (Devill., 48, 1, 401). *Sopra*, n.i 1057 e seg. e 1062.

coprirono la loro liberalità eol nome di vendita, e le vendettero cinque dramme il pezzo (1). Per dirlo di passaggio questo esempio prova quanto gli antichi rispettassero la legge, anche quando volevano allontanarsene.

Oggi è certo per tutti, che una donazione occultata per isfuggire ad una legge civile, non avrebbe alcun valore; i particolari non hanno come un popolo intiero il dritto di allontanarsi da una legge positiva.

Ma si è dubitato lungo tempo, se la donazione di una cosa disponibile fatta ad un donatario capace di riceverla, era o no valida, quando invece di essere rivestita delle formalità prescritte dal nostro articolo, vestivano la forma di un contratto oneroso.

Tre erresti della Sezione de' ricorsi della Corte di cassazione in data degli 8 frimaira anno 13.°, 30 pratile, e 15 messidoro dello stesso anno decisero, che una donazione simulata sotto l'apparenza di una vendita era nulla, se non fosse vestita delle solennità della donazione.

La sezione civile aveva di già giudicata la quistione in senso contrario con arresto del 7 frimaire anno XIII, e si era fermata su che la simulazione non avvolge sempre la nullità degli atti, che ne sono viziati; ch'essa produce quest' effetto solamente quando vi è indisponibilità della cosa o incapacità della persona, perchè allora solamente è fraudolenta; perchè non è presumibile, che si abbia voluto fare in un modo indiretto ed occulto quello, che si aveva dritto di fare di una maniera diretta a palese.

Più tardi la sezione de'ricorsi è ritornata alla giurisprudenza della sezione civile, cha è ora costante (2). Le leggi romane l'hanno sempre così decisa, e la giurisprudenza le ha costantemente seguite (3). *Donationis causa facta venditione, non pro emptore, sed pro donato res tradita usucapitur* (4).

1083. Ritorniamo ora alle donazioni solenni. Vedremo ne' seguenti articoli quel che ha rapporto all'accettazione della donazione dal donatario; è questa una parte essenziale dell'atto.

1084. Ma per completare quello, che si riferisce al commentario dell'art. 931, faremo qui rimarcare, che quando una donazione si fa per procura (il che può benissimo aver luogo, dapoichè tranne i casi, in cui la legge espressamente lo vieta, si può sempre farsi rappresentare negli atti della vita civile) è indispensabile, che la procura sia rivestita come la donazione stessa della form' autentica. Questo punto è costante oramai in giurisprudenza, e molti arresti hanno deciso, che la procura non potev' aver luogo sotto firma privata (5). È vero, che l'art. 1985 del Codice Napoleone (a) ammette la procura sotto firma privata (6), ma quest'articolo non dev'essere preso che *secundum subjectam materiam* (7). Qui la necessità di una procura autentica si spiega pel timore delle frodi, delle sorprese, delle captazioni.

1085. La giurisprudenza esige ancora, che l'autorizzazione data alla moglie da suo marito per fare una donazione sia nella forma autentica (8).

1086. In quanto all'azione di nullità della donazione per vizio di forma, ci limitiamo a dire, che dura dieci anni giusta l'art. 1304 del Codice Napoleone (9).

Articolo 932 — (856).

La donazione tra vivi non obbligherà il donante, nè produrrà alcun effetto, che dal giorno, in cui sarà stat'accettata in termini espressi.

L'accettazione potrà essere fatta in vita del donante con un atto posteriore ed autentico, del quale resterà minuta; ma allora la donazione non avrà effetto relativamente al donante, se non dal giorno, in cui gli sarà stato notificato l'atto, che comproverà l'accettazione (b).

SOMMARIO

1087. L'accettazione è dell'essenza della donazione. — Dell'accettazione nel dritto romano e nell'antico dritto francese.
1088. Oggi come sotto l'ordinanza del 1731 non basta l'accettazione, ma bisogna inoltre la solennità dell'accettazione.
1089. Nondimeno non è necessario di adoprare per l'accettazione delle parole sacramentali.

(1) Erodoto, lib.6. Tucidide lib. 1, Brodean su *Louet*, lettera *D.* somm. 64, n. 3.

(2) Merlin, Repert., v° *Donazione*, sez. 2, § 6, e *Simulazione*, § 5. Zachariae, t. V, p. 66. Cassaz 20 novembre 1826 Dalloz. 27, 1, 60). 25 febbraio 1836 (Devill., 36, 1, 605). 3 agosto 1841 (Devill., 41, 1, 621, ecc.)

(3) V. un esempio di donazione occultata sotto la forma di prestito, e mantenuta come donazione nel Codice del Presidente Fabro, *De petit heredit.* (def. 6). *Infra*, n. 1147.

(4) L. 6, D., *Pro donato*. Pothier, *Pand.*, t. III, p. 154, n. 1.

(5) Cassaz. 19 aprile 1843 (Devill., 43, 1, 393). 1° dicembre 1846 (Devill., 47, 1, 289). Douai 10 agosto 1846 (Devill., 46, 2, 496). *Aggiungi* l'art. 2 della legge dei 21 giugno 1843.

(a) Art. 1857 delle leggi civ. *Il trad.*

(6) Il mio comm. del *Mandato*, n. 104.

(7) Merlin, Repert., v *Ipoteca*, 2, 2, 10.

(8) Cassaz., 1° dicembre 1846 (Devill., 47, 1, 289).

(9) Riom, 16 giugno 1843 (Devill., 43, 2, 543). Bordeaux, 26 gennaio 1341 (Devill., 41, 2, 616). *Contra*, Caen, 26 febbraio 1827 (Devill., 28, 2, 115).

(b) A quest'articolo corrisponde esattamente l'art. 836 delle leggi civ. *Il tradut.*

COMENTARIO

1087. L'accettazione è dell'essenza della donazione. Cicerone ha benissimo detto. « *Neque donationem sine acceptatione intelligi posse* (1) ». Ciò deriva dal dritto naturale e dalle prime nozioni, che gli uomini, hanno dovuto formarsi delle convenzioni. La ragione insegna, che colui, che dona, non può forzare il donatario a ricevere una cosa suo malgrado, e ch'egli stesso non intende di abbandonarla, che a condizione, che quest'ultimo vorrà farne il suo profitto. « *In omnibus rebus, quae dominium* « *transferunt, concurrere oportet effectus ex* « *utraque parte contrahentium; nam sive ea* « *venditio sive donatio, sive alia quaelibet* « *causa contrahendi fuit, nisi animus utrin-* « *sque consentit, perduci ad effectum id quod* « *inchoatur non potest* (2). » D'onde questa regola così conosciuta. *Non potest liberalitas nolenti adquiri* (3) Tali sono i principî, ed i Romani li praticarono non solamente nel dritto privato, ma anche nel dritto pubblico, come la loro storia ne fa fede (4).

Quando il dritto Romano si fu rilasciato dal rigore delle forme circa le donazioni (5), si contentò d'un' accettazione tacita per la loro pienezza e validità (6). Così se il donatario entrava in possesso della cosa donata, mostrava sufficientemente con ciò, che accettava la donazione, e ciò in virtù del principio, che: *Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu* (7).

Ma il nostro dritto consuetudinario pieno di avversione per le donazioni, si allontanò da questa semplicità, e la giurisprudenza la rimpiazzò con tale severità, che non venne ammesso veruno equipollente, e si volle, che l'accettazione fosse fatta in termini espressi, senzachè la presenza del donatario all'atto, e l'apposizione della sua sottoscrizione potessero coprire la mancanza della solenne accettazione summentovata (8).

L'ordinanza del 1731 fu redatta secondo questi principî. L'articolo 6 dice: « L'accettazione della donazione sarà espressa, senzachè « i Giudici possano avere verun riguardo alle « circostanze, dalle quali si pretendesse indur- « re un'accettazione tacita o presunta, e ciò « anche quando il donatario fosse stato pre- « sente all'atto di donazione, e che l'avesse « sottoscritto, e quando anche fosse entrato in « possesso delle cose donate (9). »

Era dunque costante, l'accettazione della donazione non potere aver luogo per equipollenti, e che doveva essere fatta in termini specifici (10). Questo contrasto tra il dritto romano ed il dritto francese ha portato i romanisti a trattare la formalità dell'accettazione di barbara accessoria: *barbaro annexu* (11). Ed in effetti non si può dissimulare, che l'amore della forma non vada molto lontano in questa severità, dovuta all'allontanamento del dritto consuetudinario dalle donazioni.

(1) Topio, 8.
(2) L. 55, D., *De oblig. et act.*
(3) L. 17, § 2, D., *De donat.*
(4) Testimone il fatto di Mancino, che essendo stato donato a Numantini dal popolo romano, e non accettato da loro, restò cittadino romano (nel 617). Furgole, *quaest.* 47, n. 25.
(5) *Sopra* n.° 516 e seg. o n. 1037.
(6) L. 6, C., *De donat.* L. 12, § 8, D., *Mand.* L. 10, D., *De donat.*
(7) L. 5, D., *Ratam rem haberi.* Voet, lib. 39, t. V, n. 11 e 12.
(8) Ricard, *Donaz*, part. 1, n. 838 Arg. t 1, p. 264. Pothier, *Donaz. tra vivi*, sez. 2, art. 1.
(9) Furgolo su quest' articolo riassume l'antica giurisprudenza.
(10) Brodeau *su Louet*, lett. *D.* somm. 4, n. 4.
(11) Heinneccio, sulle Instit., *De donat.*, cita una dissertazione di Ludewig intitolata: « *De donatione ejusque barbaro adnexu, acceptatione.*

Digitized by Google

1088. L'art. 932 del codice Napoleone è nondimeno la ripetizione abbreviata dell' articolo 6 dell' ordinanza del 1731.

Non basta dunque, che l'accettazione del donatario sia concorsa con la donazione, ma è d'uopo, che quest'accettazione sia manifestata con delle parole espresse. Oggi come in tempo di Pothier bisogna distinguere tra l'accettazione e la solennità dell' accettazione, la qual è una delle formalità necessarie per la validità della donazione (1).

La ragione di questa severità del Codice Napoleone è la stessa di quella, che aveva eccitata la sollecitudine delle consuetudini, cioè che le donazioni tra vivi non sono sempre favorevoli, e che vi sono molti casi, in cui si possono riprovare. Cujacio ha benissimo detto: « *Sunt iuris auctoris in illis approbandis et* « *recipiendis* (*donationibus*) *restricti : nam* « *neque est optimi patris familias donare...* « *posset multis exemplis demostrari*, *dona-* « *tiones quodam modo improbari*, *factas in-* « *ter vivos* (2) »

1089 Ciò non vuol dire, che l'accettazione si deve necessariamente manifestare con delle parole sacramentali, come queste : « Accetto « con riconoscenza » o « che dichiara di accettare. » Le necessità delle parole sacramentali è incompatibile con la semplicità del nostro dritto; basta, che l'accettazione sia formale, e ciò ritenuto, poco importa le parole, delle quali si è fatto uso.

Così se l'atto di donazione di una somma di denaro dimostra, essere stata questa somma ricevuta dal donatario dopo di essere stata contata, e che egli ne ha data quietanza, sarà difficile di trovare in questo concorso di enunciazioni la mancanza di accettazione espressa. La quietanza del donatario, vale a dire l'atto, nel quale dichiara di avere ricevuto la somma nella sua qualità, racchiude espressamente tutto quello, che costituisce un' accettazione formale (3). Questa non è un'accettazione presunta, ma un'accettazione così certa, così energica, così parlante com'è possibile.

1090. Ma non vi sarebbe maggiore rilasciatezza del sostenere, e di decidere, che il solo prendere il possesso basta per dispensare dalla formalità della donazione espressa (4). L'esecuzione della donazione non salva le sue imperfezioni. L' ordinanza del 1731 (art. 6) prevedeva questo caso con precisione, e decideva, che l'entrata in possesso del donatario non copriva il difetto di accettazione espressa. La presa di possesso produce solo un' accettazione presunta e non espressa, un' accettazione simile presso a poco a quella, che risulta dalla presenza del donatario all' atto e dalla sua sottoscrizione.

Nulladimeno il sig. Toullier ha creduto di poter insegnare, che sotto il Codice Napoleone la presa di possesso ha un' autorità uguale all' accettazione formale. Egli rifiuta l' autorità dell' ordinanza, dicendo, che il Codice Napoleone nel non ripetere la nullità pronunziata dall' ordinanza, l'ha rigettata. Ma non si può ragionare in un modo più leggiero. Il signor Toullier crede dunque, che il Codice Napoleone si contenta della presenza del donatario nell' atto e della sua sottoscrizione, perchè non proscrive, come l'Ordinanza del 1731 faceva, quest' indizi di accettazione (5)? È certo, che la presa di possesso non è altro, che un atto di esecuzione. Ora l'esecuzione volontaria d'una donazione non supplisce l' omessione degli elementi, che debbono costituirla *ab initio*.

1091. Sinchè l'accettazione non è stata manifestata con delle parole espresse, il donante non è legato, e può ritirare il suo benefizio (6); dapoichè non esiste ancora all' occhio della legge quello, che la legge romana chiama : *duorum in idem placitum consensus*. Vi è soltanto un semplice progetto. Nonpertanto questa quistione è controvertita (7). Ferrières (8), Charondas (9) e Dumoulin (10) avevano sostenuto, che neanche prima dell' accettazione il donante potesse rivocare la donazione, perchè non poteva ritornare sul suo proprio fatto. Ma quest' opinione non era seguita (11); era contraria a' principî del dritto delle genti insegnato da Grozio (12) e Puffendorf (13) cioè, che la promessa, non seguita d' accettazione, non produce verun' obbligazione neppure secondo il dritto naturale.

1092. Da ciò siegue, che il donante potrebbe rivocare la donazione non accettata espressamente anche quando il donatario fosse stato messo in possesso della cosa (14). Ma Toullier

(1) Nancy 2 febbraio 1838 (Devill. 38, 2,203). Ricorso rigettato, Ricorsi, 27 marzo 1839 (Devill. 39, 1,269). Rennes 20 marzo 1841 (Devil., 41, 2, 418). Si trattava di una donazione fatta ad un marito da sua moglie. Il marito era stato presente all'atto, ed aveva autorizzato sua moglie, ma non vi era stat' accettazione espressa.

(2) *Quaest. Papin.*, t. 18, sulla l. 27, D., *De cond. et demonst.*

(3) Grenoble 6 gennaio 1831 (Dalloz, 32, 2, 91) Devill., 32,2,200) Baylo Mouillard *su Grenier* t. I, p.374.

(4) *Sopra* n. 1064.

(5) V. art. 1339, 1340 (1293 e 1294 delle leggi civ. — *Il trad.*) Cassaz., ricorsi, 6 giugno 1821 (Denevers, 1823, 1, 104 a 109.

(6) Brodeau *su Louet, loc. cit.* Pothier, *Donat.*, sez. 2, art. 1.

(7) Furgole, *Quist. sulle Donazioni*, 5, riferisce questa controversia.

(8) *Su Guy Pape*, q. 222.

(9) *Sopra Parigi* art. 273.

(10) Consiglio 60, n. 14.

(11) Maynard t. 7, cap. 84. Coquille sul Nivernese cap. 27.

(12) Lib. 2, c. 2, § 14.

(13) 3, 6, 15.

(14) Argomento degli articoli 5 e 6 dell'ordinanza del 1731.

pretende il contrario (1) anche sul fondamento delle leggi romane (2), delle quali niuna è applicabile alla materia. Qui non può dirsi, che l'esecuzione volontaria dell'atto purga i vizi originarî, di cui è infetto, nè bisogn'argomentare dal dritto comune laddove è stabilito un dritto speciale.

D'altronde consideriamo, che le formalità delle donazioni non sono state introdotte nell'interesse unico del donante, ma piuttosto il legislatore le ha stabilite nell'interesse de' suoi eredi e successori legittimi. Non è dunque logico, che il donante possa rinunziare a de'mezzi di dritto a loro pregiudizio.

1093. L'accettazione è talmente dell'essenza della donazione, che i minori ed altri privilegiati non possono essere restituiti contro la mancanza di quella. Imperocchè queste persone non avendo potuto acquistare de' dritti, che per mezzo dell'accettazione, che non è intervenuta, non vi è alcun dritto, che la restituzione possa loro restituire (3).

1094. Siegue da questo stesso principio, che quando la donazione è fatta a due persone, di cui l'una è assente e l'altra presente, l'accettazione dell'una non giova all'altra. La sola volontà del donante non può bastare per attribuire al donatario assente un dritto sulla cosa donata (4).

Del resto la donazione non vale per lo intiero a favore del donatario presente ed accettante; vale sol'anto per la sua porzione; l'altra porzione è caduca relativamente al non accettante (5).

1095 Ma se la donazione è fatta *in solidum*, allora tutta la liberalità rest'al donatario accettante *jure non decrescendi* (6), salvo ch'è obbligato di comunicarla al suo condonatario, quando questi accetta, perchè allora *concursu fiunt partes* (7).

1096. Come l'accettazione è della stessa natura della donazione, bisogna, che sia rivestita di pari formalità. Dev'essere quindi redatta nella form' autentica, ma ciò non si applica alle liberalità indirette prevedute dall'art. 1121, come lo vedremo nel n.° 1106.

1097. Vediamo adesso l'epoca, nella quale la donazione può essere accettata. Abbiamo detto più sopra (8), non essere necessario, che l'accettazione abbia luogo nello stesso tempo della donazione; può intervenire posteriormente e con una manifestazione separata. Abbiamo spiegato nel luogo precitato le regole relative alla capacità delle parti, quando la donazione e l'accettazione sono separate da un lasso di tempo (9).

1098. Ma quello, ch'è capitale in questa materia è, che la donazione essendo una convenzione, che richiede il concorso di due volontà, non si può accettare una donazione, che in vita del donante. L'accettazione fatta dopo la sua morte verrebbe troppo tardi ed in un'epoca, in cui il concorso delle due volontà è divenuto impossibile: *Quia post mortem dominium incicipit discedere ab eo, qui debit* (10). Un semplice cambiamento di volontà avvenuto prima dell'accettazione basta per rivocare quello, ch'è stato fatto; con più forte ragione deve essere lo stesso della morte, che separa per sempre le due volontà: *Mors omnia solvit.*

1099. Vi è dippiù: gli eredi del donatario non possono accettare la donazione, che non aveva egli accettata nel momento dell'atto. Imperocchè la facoltà di accettare non è un dritto reale, ma una facoltà personale ed intrasmessibile. E la ragione si è, che quando uno si spoglia de' suoi beni, avviene ordinariamente per ragioni personali di amicizia e di affezione. E perchè non sarebbe forse ingiusto di fare passare la donazione a degli eredi, cui il donante non ha mirato (11)?

1100. Bisogna dire per conseguenza, che i creditori del donatario non possono accettare per lui la donazione, che gli è stata fatta senz'accettazione immediata (12). Ed indarno direbbero, che il donatario ricusa di accettare per frodare i loro dritti. Il donante, che non è legato dal consentimento del donatario, è presunto di ritirare il suo, se la donazione è accettata unicamente da persone, a favore delle quali non ha avuto l'intenzione di essere liberale (13).

1101. Non basta, che l'accettazione susseguente provveniente dal donatario o dal suo mandatario sià fatta in vita del donante e nella form' autentica, ma bisogna inoltre, che sia conosciuta dal donante, il perchè l'art. 932 esige, che l'accettazione gli sia notifica'a (14).

Ne' contratti onerosi è di regola, che sinchè l'accettazione di una delle parti non è cono-

(1) T. V, n. 189.

(2) L. 10, D., *De reb. cor. qui sub tut.* L. 7, § 16, D., *S. B. maced.* L. 38, D., *De fideicomm. libert.* L. 1, C., *Si maj fact. rat. habuerit.* L. 16, § 1. C., *De test.*

(3) Ord. del 1731, art. 14. Furgole su questo testo.

(4) Furgola, quaest. 1, n 5.

(5) Id. n.i 8, 9, 21. Bayle Mouillard, t. 1, n. 56, nota.

(6) Id. n. 21.

(7) N. 440.

(8) Ibid.

(9) L. 9, § 1, D., *De jur. dot.* (Pothier, *Pand.*, t. 11, p. 28, n. 51).

(10) Sentiamo il Presidente Fabro (*Codex fabrian*, lib. 8, t; XXXVIII, def. 19 e 31. « *Nam licet*, dice questo autore, *qui donat inter vivos mallet donatarium* « *habere, quam se ipsum, maluit tamen se habere quam* « *heredem donatari. Neque enim donatio fit, nisi ob bene* « *merita quae futuri heredis nulla esse possunt, cum* « *futurus heres sit semper incertus.* » V. egualmente Voet, ad Pand. lib. 39, t. 5, n. 13, e Furgole qoest. 7.

(11) L. 6, D., *Quae in fraud.* Lebrun, *Successioni*, p. 538, col. 8. Toollier t. V, n. 211.

(12) *Infra*, n. 2159.

(13) Grozio, *De jure pacis*, 2, c. 11, § 15. Il mio comm. delle *Locazione* n. 105, nota. Tom. t. VII, p. 380.

scinta dall' altra, è soltanto una volontà invisibile e senza valore, nè forma legame. Ma negli atti di liberalità si aveva altre volte per certo, che l' accettazione bastasse per operare il *vinculum juris*, prima pure, che il donante ne fosse informato (1), e si ritrova una traccia di quest' ultimo punto nell' art. 1121 del Codice Napoleone (a).

Nulladimeno il Codice non ha creduto di doverlo consacrare per quanto concerne le donazioni propriamente dette. Il Tribunato propose questa innovazione per delle ragioni, che non mancano di forza (2). « L' accettazione « può farsi a centocessanta o dugento leghe dal « domicilio del donante; egli può ignorarla. « È giusto, che per mancanza di conoscenza « di quest' accettazione, rimanga incerto sulla « sua proprietà, e che corra il rischio d' in- « gannare i terzi, co' quali può contrarre? » Vero è però non essere naturale, che colui, che si è deciso a donare, mostri delle così cattive disposizioni di animo da non lasciare al donatario il tempo di accettare; il che non è compatibile con un movimento di liberalità.

1102. Da questa necessità della notificazione dell' accettazione, siegue, che se il donante morisse o divenisse incapace dopo dell' accettazione ma prima di essergli notificata, quest'accettazione sarebbe di niun effetto a suo riguardo. Siegue pure, che se prima della notificazione dell' accettazione il donante avesse alienata la cosa donata o una parte di essa, se l' avesse ipotecata, gravata di servitù, ecc. ecc., tutto questo rimarrebbe sul donatario.

1103. Del resto il donante può giovare al donatario, dichiarando di aver egli riconosciuta la sua accettazione e dispensarlo da un'espressa notificazione. Ma si può supplire a questa ricognizione per mezzo di congetture e di presunzioni? Un atto è indispensabile; nonpertanto non credo, che debba essere nella form' autentica (3). La parola *notificata* non esclude gli atti sotto firma privata, che provano, avere ricevuto il donante la pruova dell' accettazione.

1104. E siccome la mancanza di notificazione non toglie all' la donazione il suo effetto, che relativamente al donante, ne siegue, che il donatario venendo a morire dopo della sua accettazione, ma prima della notificazione, i suoi eredi possono far intimare quest'accettazione al donante, ed obbligarlo alla tradizione della cosa donata. Aggiungiamo, che nel fondo vi è una grande differenza tra l' accettazione e la notificazione. L'accettazione è dell'essenza della donazione; è una formalità sostanziale, mentre la notificazione è una formalità accessoria introdotta in favore del donante per fargli sapere, esser egli oramai legato ed obbligato alla prestazione della cosa donata; e poco importa, che sappia quest' obbligazione dal donatario o dai suoi eredi (4).

Per la stessa ragione i creditori del donatario morto dopo di aver accettato potrebbero notificare l' accettazione al donante (5).

1105. Tutto quello, che abbiamo detto dell' accettazione espressa e solenne, non è essenziale, che nelle donazioni dirette.

Ma le donazioni indirette e nascoste, le donazioni mascherate sotto la forma di vendita o di ogni altro contratto oneroso, i doni manuali ecc. ecc., tutto questo ha un valore inattaccabile senza il concorso della solenne accettazione. Ed in effetti un atto, che ha un' esistenza propria, abbisogna solo della forma della sua propria natura, e sarebbo irragionevole di richiedere per la sua validità quelle forme, che appartengono ad un altro ordine di atti e di contratti.

1106. Diremo altrettanto della donazioni indirette, autorizzata dall' art. 1121 del Codice Napoleone (b), le quali non sono sottomesse alla rigorosa prescrizione del nostro articolo. Perocchè la donazione vi figura soltanto *sub modo*, e come condizione d' adempirsi, ed affatto come disposizione principale. Una qualunque accettazione basta, ma siachè questa accettazione non ha luogo, il donante può rivocare la sua liberalità (6).

1107. Che se muore senza di averla rivocata, il donatario può benissimo accettarla anche dopo di quest' avvenimento (7). Nè questo è in contradizione con quello, che dicevamo più sopra (8), della necessità dell' accettazione della donazione in vita del donante. La donazione è una convenzione, ed è perciò indispensabile il concorso di due volontà, che s'incontrano su di un medesimo punto (9). Ma nella nostra specie non esiste veruna convenzione col terzo gratificato, ed egli è introdotto nella donazione solamente per esservi il subietto d'una condizione o di un peso.

(1) Grozio *loc. cit.*

(a) Art. 1075 delle Leg. civ. *Il traduttore.*

(2) Fenet, t. XII, p. 450.

(3) *Contra* Bayle-Mouillard t. 1, p. 377, nota.

(4) Bayle-Mouillard, t. 1, p. 377. Coin-Delisle n. 18. *Contra* Toullier t. V, n. 212.

(5) Bayle-Mouillard t. 1, p. 377.

(b) Art. 1075 delle Leggi civ. *Il traduttore.*

(6) Grenoble, 9 agosto 1843 (Devill., 45, 2, 486). Non vi era accettazione. La notizia è inesatta.

(7) Duranton t. 10, n. 244 e seg. Pothier, *Oblig.*, n. 73.

(8) N. 1098.

(9) L. 1. § 1, D., *De pactis.*

ARTICOLO 933 — (857).

Se il donatario è maggiore, l'accettazione dev'essere fatta da lui o in suo nome dalla persona munita di procura speciale per accettare la fatta donazione, o una procura generale per accettare le donazioni, che sono state o che potessero essere fatte.

Questa procura dovrà essere fatta innanzi Notajo, ed una copia dovrà essere annessa alla minuta della donazione o a quella dell'accettazione, che fosse fatta con atto separato (a).

SOMMARIO

1108. L'accettazione di una donazione può essere fatta per mezzo di procuratore.
1109. Il mandato allora dev'essere fatto nella forma autentica.
1110. Dippiù dev'essere speciale.
1111. Nulladimeno il donatario potrebbe in vita del donante ratificare l'accettazione di un *negotiorum gestor*.
1112. È vietato a' Notai di accettare le donazioni come stipulante pe' donatari assenti.
1113. Una spedizione della procura dev'inoltre essere unita all'atto che contiene l'accettazione. — *Quid* di una procura in brevetto?
1114. Se il donatario muore primachè il suo procuratore abbia accettata la donazione, l'accettazione non puolo più aver luogo.
1115. Rinvio.

COMMENTARIO

1108. Benchè la donazione sia un atto solenne, non esige però la presenza reale del donatario e la sua comparsa in persona per accettare. Il donatario può accettare in persona o per mezzo di un procuratore. Epperò l'accettazione è una di quelle cose, che possono essere fatte per procura (1).

1109. In generale il mandato può farsi con atto sotto firma privata (2). Ma in questa materia un tal mandato non ha nè forza nè valore, e non solamente il mandato per accettare deve essere scritto, ma deve essere ancora nella forma autentica. Questa è una severità aggiunta all'ordinanza del 1731, che ammetteva la procura sotto firma privata (3).

1110. Nè questo è tutto, e benchè l'ordinanza del 1731 ammise la validità delle accettazioni fatte da un mandatario o procuratore generale (4); il Codice più rigido relativamente alle donazioni, vuole, che la procura sia necessariamente speciale per tale donazione in particolare, o almeno speciale per tutte le donazioni, che potessero essere fatte (5).

Così sotto il Codice Napoleone un procuratore, che agisse con una procura generale, ed a più forte ragione un semplice *negotiorum gestor* non avrebbe sufficiente facoltà per accettare. La sua accettazione non produrrebbe alcun utile effetto(6), perciocchè l'art. 983 molto più incsorabile dell'Ordinanza del 1731, che autorizzava l'accettazione per mezzo di un gestore di negozi, ha voluto che verun accettazione senza mandato sarebbe ammessa.

1111. Nulladimeno il donatario potrebbe rendersela propria ratificandola, ma bisognerebbe, che la ratifica (7) avesse luogo in vita del donante, e che fosse in forma autentica e notificata, nè produrrebbe effetto, che dal giorno di questa ratifica. Si comprende, che varrebbe meno come ratifica, che come accettazione primitiva (8).

1212. Altra volta i Notai avevano l'uso di accettare le donazioni come stipulanti pei donatari assenti. L'art. 5 dell Ordinanza del 1731 ne fece loro espressissimo divieto (9). Questi divieti hanno ancora maggior forza sotto il Codice Napoleone, che non ammette le accettazioni senza mandato. Ed in effetti il Notaio redattore è proposto per prestare alle parti, che compariscono innanzi a lui, il ministero dell'istrumentazione, ma non per rappresentarli.

1113. Non solamente la procura deve essere autentica e speciale, ma occorre pure, che una spedizione dell'atto stipulato innanzi Notaio, sia annesso alla minuta delle donazione (10), o alla minuta dell'accettazione fatta con atto separato.

D'onde risulta, che la procura per accettare non potrebbe essere valida, che in quanto ne resta minuta, e che sarebbe imperfetta, se fosse in brevetto. I termini del nostro articolo

(a) A quest'articolo corrisponde esattamente l'art. 857 delle Leggi Civ. *Il traduttore.*

(1) Art. 5 dell'ordin. del 1731.

(2) L. 1, § 1, D., *Mandati*. L. 2, § 2, D., *De oblig. et act.*

(3) Furgole sull'art. 5 dell'ord. del 1731.

(4) Art. 5 e Furgole.

(5) Cassaz., Ricorsi, 4 luglio 1848 (Devill., 48, 1, 710).

(6) Bordeaux 3 febbraio 1827 (Devill., 8, 2, 326, 327). Liego 23 gennaio 1810 (Devill., 3, 2, 193).

(7) Id.

(8) V. in Devill., 48, 1, 710, alla nota delle osservazioni a tal riguardo e lo stato delle opinioni.

(9) V. Furgole su questo tasto si abbandona a delle interessanti ricerche su'tabellioni secondo Cujacio sulla l. 15. C., *De decurionibus*, e l. 3, C., *De Tabulariis*.

(10) Art. 5 dell'ordin. del 1731.

sono formali a questo riguardo, dapoichè esigendo l'annesso della copia della procura notariale, escludono con ciò l'annesso di una procura in brevetto.

Nondimeno la più parte degli autori credono, che una procura passata in brevetto ed annessa alla donazione, sarebbe sufficiente (1). Questa opinione è più conforme al dritto come all'equità, ma sembra contrariata dal dritto speciale e dal formalismo, che il Codice fa prevalere in materia di donazione.

1114. Se il donatario dopo di avere incaricato un procuratore di accettare per lui muore, prima che il suo mandato sia stato adempito, la donazione è nulla per mancanza di accettazione, perchè il mandato è estinto con la morte (2).

1115. Del resto vedremo nell'art. 1087, non essere le regole dell'art. 933 applicabili alle donazioni per contratto di matrimonio ad uno dei futuri sposi.

ARTICOLO 934 — (858).

La donna maritata non potrà accettare senza il consenso di suo marito o in caso di rifiuto del marito senza l'autorizzazione del giudice in conformità di quanto è prescritto negli articoli 217 e 219 nel titolo del matrimonio (a).

SOMMARIO

1116. Motivi della necessità dell'autorizzazione maritale prescritta dall'art. 934.
1117. Nell'antico dritto francese questa mancanza di autorizzazione produceva una nullità assoluta.
1118. È forse lo stesso sotto del Codice?
1119. Ragioni, che debbono fare decidere l'affermativa.
1120. L'autorizzazione del marito data dopo la morte del donante sarebbe tardiva.
1121. La moglie ha bisogno di quest'autorizzazione sia qualunque il regime, cui è sottoposta.
1122. Il marito può accettare la donazione fatta a sua moglie assente, quando non vi è procura?

COMENTARIO

1116. Il Codice dopo di avere trattato nell'art. 905 (3) del dritto della donna maritata per donare, si occupa nell'art. 934 del dritto della moglie per accettare una donazione. Non permette, che una donna maritata possa accettare una donazione tra vivi senza il permesso di suo marito (4). E la ragione si è, che una donazione può sovente imporre dei pesi a colui, che n'è l'obietto, e che l'autorizzazione maritale essendo stata introdotta così nell'interesse del marito, che nell'interesse della moglie, spesso poco esperta negli affari, bisogna necessariamente, che la moglie non possa fare un atto così importante, senza avere preso consiglio da colui, che la legge incarica di assisterla in tutte le occasioni. D'altronde spesso una donazione può essere in una donna un incoraggiamento ad una sregolata condotta ed un esca pel libertinaggio. Il perchè è anche nell'interesse dei costumi, che il marito partecipi all'accettazione, ed è questo il caso di applicare queste belle parole riferite, sebbene in un caso differente, dalla l. 51 D., *De donat: inter vir: et uxor*: « *Evitandi autem turpis* « *quaestus gratia circa uxorem hoc videtur* « *Q. Mucius probasse.* »

1117. Altrevolte si aveva presso a poco per certo, che la mancanza di autorizzazione del marito operava una nullità radicale dell'accettazione (5), e vi erano per questo delle ragioni generali e speciali. Le ragioni generali erano queste: le donne in paese consuetudinario erano colpite d'incapacità radicale, e non potevano senza i loro mariti nè obbligarsi, nè obbligare gli altri. Si pensava, che la podestà del marito non fosse introdotta in favore della moglie, ma in virtù dell'ordine pubblico come una deferenza, che dovev'a suo marito. Ora questa dottrina, che non era seriamente contrastata, e che professavano i più gravi autori, era soprattutto quella di d'Aguesseau, che di buon'ora n'era stato imbevuto (6). Il perchè non bisogna sorprendersi, che abbia redatto l'art. 9 dell'Ordinanza del 1731 in modo da far intendere, che la mancanza di autorizzazione produceva una incapacità assoluta, e che vi era relativamente alla moglie non autorizzata una proibizione *importantem vim pre-*

(1) Toullier, V, 191. Dalloz, cap. 4, sez. 1, art. 2. Coin-Delisle, n. 6. *Contra* Duranton, t. VIII, n. 431, Marcadè n. 1, su 933.
(2) Furgole quist. 7.
(a) Quest'articolo è uniforme all'art. 858 delle Leg. civili. *Il traduttore.*
(3) Sopra n. 592.
(4) Art. 9 dell'ordin. del 1731.
(5) Ricard, *Donat.*, part. 1, n. 846. Furgole sull'art. 9 dell'ordin. del 1731. Pothier, *Oblig.*, n° 50 52.
(6) In effetti, egli diceva in un'aringa do' 3 di aprile 1691: « L'interesse del marito ha fatto stabilire la ne« cessità dell'autorizzazione maritale. Queste è un prin« cipio, di cui tutt'i nostri dottori convengono. »

cisam et excludentem potentiam juris et facti. In quanto alla ragione particolare, che veniva a fortificare il sistema generale, è che bisogna, che la donazione sia fissa, permanente, irrevocabile tanto da parte del donatario che del donante; il che non ha luogo, se la donazione è fatta ad una persona, che per effetto della sua incapacità può disobbligarsi (1).

1118. Codeste idee sono passate nel Codice Napoleone? L'art. 934 n'è la consacrazione?

La quistione è controvertita; perocchè gli uni sostengono, essere la nullità puramente relativa, ed argomentano dal sistema generale del Codice, che negli articoli 225 e 1125 (a) dichiara, che coloro, che hanno contrattato con la moglie, non possono fare valere la mancanza di autorizzazione, e che unicamente la moglie, suo marito, ed i loro eredi sono ammessi a farla valere. Il che in altri termini è dire, non esservi nella moglie, che un'incapacità relativa e non assoluta. E ne conchiudono contrariamente all'opinione di Furgole, di Pothier, e dell'Ordinanza del 1731, che la mancanza di autorizzazione non vizia l'accettazione della donazione fatta dalla moglie; che la vizia soltanto relativamente alla moglie, a suo marito, a' loro eredi, ma che il donante non potrebbe opporre quest'assenza di autorizzazione secondo le innovazioni legislative introdotte dagli articoli 225 e 1125 (2).

Altri (3) per lo contrario sono di avviso, che l'art. 934 del Codice Napoleone facendo eccezione agli articoli 225 e 1125, ha avuto la volontà di riprodurre per la materia speciale delle donazioni le disposizioni rigorose dell'Ordinanza del 1731, e questo è stato giudicato da più arresti (4).

1119. Quest'ultima opinione è preferibile. Mi tratterrò poco sulle espressioni *non potrà*, dalle quali si è argomentato di troppo, per pervenire alla pruova di un'incapacità assoluta. La combinazione degli articoli 217 (b) e 225 del Codice Napoleone può snervare molto la forza di quest'argomento di testo; per lo che lo lascio per quanto vale senza volerlo però disprezzare.

Ma ecco quello, ch'è più decisivo.

Nella donazione l'accettazione non è, come nelle convenzioni ordinarie, un affare di semplice e nudo consentimento, perocchè l'accettazione deva prodursi con certe forme e sotto certe condizioni. Tutto è di rigore in questa materia poco favorevole, che spoglia le famiglie, o che vi stabilisce delle spiacevoli ineguaglianze. Il perchè il legislatore attaccando alle formalità dell'accettazione la più alta importanza, ha preso la cura di tracciarle egli stesso secondo lo stato delle persone, alle quali la donazione è fatta. Che se la donazione non è debitamente accettata essa non è perfetta, come risulta dall'art. 938. E se non è perfetta, non lega il donante, ed il donante può rivocarla. Tal è il concatenamento delle idee, che conduce alle stesse conseguenze dell'ordinanza del 1731, a fa ritrovare nell'art. 934 il suo spirito col suo testo.

Questo esprimeva il Tribuno Jobert. L'ac« cettazione, che non legasse il donatario, « non potrebbe obbligare il donante. Epperò « è naturale, che la donna maritata non pos» s'accettare senza il consentimento di suo ma» rito, o l'autorizzazione del Giudice; che l'auto» rizzazione del Governo debba precedere l'ac» cettazione degli amministratori dei comuni « o degli ospizi; che la donazione fatta ad un » minore non sia accettata, che dal suo tutore o » da uno de'suoi ascendenti ecc. ecc. (5) » (c).

Da ciò si vede, che sebbene il Codice Napoleone si sia allontanato dal dritto antico in quel, che concerne il carattere generale della nullità delle obbligazioni della moglie non autorizzata, nondimeno vi si riattacca sul punto particolare delle donazioni, e ciò perchè è d'uopo, che la donazione non sia zoppa, ma bisogna, che sia ferma, stabile, ed irrevocabile da una parte e dall'altra.

1120. Risulta da questi punti di dritto, che l'autorizzazione del marito, data dopo la morte del donante, sarebbe tardiva, imperciocchè si produrrebbe quando le cose non sono più intiere, e che le due volontà, la cui perfezione è necessaria, non possono più riunirsi (6).

1121. La disposizione dell'articolo 934 è applicabile a che la moglie sia in comunione di beni, o che sia maritata sotto il regime dotale, o che sia separata di beni. In paese di dritto scritto, ove seguivasi il dritto romano, ed ove le mogli erano affrancate dalla podestà maritale pei loro beni parafernali, la donna poteva da sè sola accettare la donazione, che

(1) Ricard, *Donaz.* n. 846.

(a) Art. 214 e 1079 delle Leg. civili. *Il traduttore.*

(2) Toullier, t. V, n. 193. Mercadè sull' art. 934.

(3) Grenier, n. 61 *bis*; Merlin, Repert., t. 16. v.° *Donazione*; Proudhon, *Delle persone*, t. I, p. 273.

(4) Tolosa 27 gennaio 1830 (Devill., 9, 2, 385). Limoges 13 aprile 1836 (Devill., 36, 2, 241). *Aggiungi* Riom 14 agosto 1829 (Devill., 9, 2, 322, 323. Dalloz, 32, 2, 76) Grenoble 14 luglio 1836 (Dalloz, 37, 2, 157). (Devill. 39, 2, 259). In questi due ultimi arresti si trattarà di donazione fatte a minori.

(b) Art. 206 delle Leg. civ. *Il traduttore.*

(5) Fenet, T. XII, p. 396.

(c) Sembra a noi, che si poss'aggiungere anche un'altra ragione in sostegno di quest'opinione. La Sezione 2.ª del capitolo 2.º del titolo 3.º ove è messo l'art. 1125 del Codice Napoleone, pari all' art. 1079 delle Leg. civili, tratta *della capacità de' contraenti*, mentre la capacità di donare o di ricevere a titolo gratuito è trattata nel capitolo 2º del 2º titolo. Epperò la materia, di cho trattasi in quella sezione, essendo diversa dalla materia delle donazioni o dei testamenti, pe'quali vi sono sulla capacità attiva o passiva disposizioni speciali, non può estendersi il disposto dell' articolo 1125 da un caso all'altro.
Il traduttore.

(6) Arresto di già citato della Corte di Tolosa de' 27 gennaio 1830.

entrava nei parafernali. Era diverso nei paesi di consuetudine, ed il Codice Napoleone è stato redatto secondo i principî del dritto consuetudinario.

1122. Il marito può accettare la donazione fatta a sua moglie assente, quando non vi è procura?

Il parlamento di Tolosa giudicava questa quistione per la negativa, ma nel parlamento di Bordeaux si fondava sulla legge 21 C., *de procurat.*, (1), che riguarda il marito come il procuratore legale di sua moglie, *etiam citra mandatum*, e decideva, che il marito poteva accettare senza procura una donazione fatta a sua moglie assente. Furgole (2) approva questa giurisprudenza, e trova, che soprattutto non può soffrire difficoltà nel caso, in cui i coniugi sono maritati sotto il regime della comunione a causa dell' interesse personale del marito, che nella sua qualità di associato può fare il vantaggio della società, soprattutto trattandosi di una società, della quale egli è il padrone.

Ma oggi che l' art. 933 ha profondamente modificato i principî dell' ordinanze del 1731, oggi che la legge non ammetta più una procura generale, e che invece viene richiesta una procura speciale, pensiamo, che la dottrina di Furgole non potrebbe essere seguita.

Quando il Codice Napoleone ha voluto ammettere dei rappresentanti legali, lo ha detto, come lo vedremo nell' articolo seguente. Qui nulla di simile, e la moglie deve accettare in persona, purchè sia autorizzata.

Articolo 935 — (859).

La donazione fatta ad un minore non emancipato o ad un interdetto dovrà esser accettata dal suo tutore in conformità dell'art. 463 del titolo *della Minorità, della Tutela, e dell'Emancipazione*.

Il minor emancipato potrà accettare con l' assistenza del suo curatore.

Nondimeno il padre e la madre del minore emancipato o non emancipato e gli altri ascendenti, anche in vita del padre e della madre, benchè non siano nè tutori nè curatori del minore, potranno accettare per lui (a).

SOMMARIO

1123. Necessità e formalità dell' accettazione del tutore, se si tratta di una donazione fatta ad un minore o ad un interdetto.

1124. Accettazione del Curatore, se si tratta di una donazione fatta ad un minor emancipato.

1125. L' omessione di queste formalità importa forse la nullità assoluta della accettazione? — *Quid* sotto il regime dell' ordinanza del 1731?

1126. *Quid* sotto il regime del Codice?

1127. Gli ascendenti del minore possono anche accettare per essi le donazioni. — Ragione di questa disposizione.

1128. In questo caso gli ascendenti non son obbligati di prendere l' autorizzazione del Consiglio di famiglia.

1129. La madre (o l' avo) per accettare la donazione fatta a suo figlio (o a suo nipote) minore non ha bisogno di essere autorizzata da suo marito.

1130. Gli ascendenti di un interdetto hanno lo stesso dritto di accettazione degli ascendenti di un minore.

1131. È lo stesso del padre e della madre de'figli naturali riconosciuti.

1132. Gli ascendenti possono accettare pe' loro figli concepiti nel momento della donazione.

1133. *Quid* se il tutore vuole fare una donazione al suo pupillo?

1134. Il minore leso per la mancanza di accettazione ha un ricorso contro del suo tutore.

1135. Anche nel caso, in cui il tutore fosse nel tempo stesso il donante.

1136. L'azione in garantia vieta al minore di farsi restituire contro la mancanza di accettazione.

COMENTARIO

1123. Dopo di avere trattato dell' accettazione della donna maritata il Codice Napoleone si occupa nell' articolo 935 di un punto analogo, vale a dire dell' accettazione della donazione fatta ad un minore o ad un interdetto.

E dapprima quando il minore non è emancipato, o quando la persona è interdetta, il tutore rappresentante di questi individui, accetta per loro: la legge non fa conto delle loro persone, e soltanto conosce colui, che amministra tutti i loro interessi. Senonchè il tutore non può accettare secondo l' articolo 463 del Codice Napoleone, cui rinvia il nostro articolo, che con l' autorizzazione del Consiglio di famiglia.

L' ordinanza del 1731 (articolo 7) dispensa-

(1) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 105, n. 30.

(2) Quest. 4.

(a) L' art. 859 delle Leggi civili è come segue.

« La donazione fatta ad un minore non emancipato o « ad un interdetto dovrà essere accettata dal suo tutore. previo l' autorizzazione del Consiglio di famiglia.

« Il minor emancipato potrà accettare con l'assistenza del suo curatore.

« Ciò non ostante il padre e la madre del minore sia « o non emancipato o gli altri ascendenti, benchè non « siano nè tutori nè curatori del minore, e benchè siano « ancora viventi i di lui genitori, potranno accettare per « lui, e se uno di essi sarà il donante, l' altro potrà accettare. »

Il traduttore.

va l'accettazione del tutore da ogni avviso dei parenti. Ma il nostro articolo è più severo, ed in conformità dell'opinione di Ricard (1), proscritta dall'ordinanza del 1731, impone in termini imperativi e ristretti l'obbligazione di prendere l'autorizzazione del consiglio di famiglia (2) (a).

1124. Del resto le formalità non sono così rigorose per l'emancipato, dapoichè può accettare con la semplice assistenza del suo curatore.

1125. Che se queste formalità vengono ad essere omesse, tanto a riguardo del minore non emancipato, che del minore emancipato, l'accettazione sarà forse nulla di una nullità assoluta?

Questa quistione ha diviso gli autori, che hanno scritto sotto il regime dell'Ordinanza del 1731 ed anche prima della sua promulgazione. Ricard pensava (3), che il minore solo non poteva validamente accettare una donazione, e che ne risultava una nullità radicale ed assoluta: si fondava sul motivo, che se nella più parte dei casi il minore può senza l'assistenza del suo tutore rendere migliore la sua condizione, non bisogna applicare questo principio agli atti, che come la donazione, domandano una solennità esatta, e conseguentemente una perfetta abilità tra tutte le parti; il consenso è necessario per formarli. Nel dritto romano si vede, che il minore non poteva senza del suo tutore adire una eredità anche vantaggiosa, perchè l'adizione di eredità era un atto solenne e legittimo (4). D'altronde nel considerare la cosa nel suo principio, l'accettazione non è così solennemente richiesta, se non perchè è della natura delle donazioni, che siano fisse, permanenti, ed irrevocabili tanto da parte del donante che del donatario; il che non può avvenire, se l'accettazione è fatta da una persona incapace di obbligarsi, perchè la donazione, quantunque pura e semplice, è sempre fatta sotto pesi e condizioni tacite. Nondimeno Ricard aggiunge, essere la quistione problematica nel foro.

Furgole dopo di avere combattuto Ricard (5), è ritornato all'opinione di questo giureconsulto, che ha sostenuto con forza nel suo commentario dell'articolo 7 dell'ordinanza del 1731. Ed in effetti il testo di questo articolo getta nella bilancia un peso considerevole in favore della nullità. In fine d'Aguesseau (6), redattore di questo bel monumento di legislazione, si era pronunziato per la nullità assoluta dell'accettazione fatta dai minori senza autorizzazione, e questa opinione parve prevalere (7). Nulladimeno non vietò a Pothier di sostenere, che la mancanza di autorizzazione in persona del minore non produceva, che una nullità relativa, ch'egli solo poteva eccepire (8).

1126. Sotto del Codice Napoleone una scissione analoga si fece rimarcare tra il signor Grenier, che difende il parere di Furgole (9), ed il sig. Toullier, che si mette dalla parte dell'autore del *Trattato delle obbligazioni* (10).

Le corti si sono pure divise (11) e la corte di cassazione non è stata ancora chiamata a fare cessare il loro dissentimento.

Quello, che qui sopra abbiamo detto della nullità risultante dalla mancanza di autorizzazione della donna maritata (12), ci mette sulla strada della decisione da rendersi in ciò, che concerne la nullità risultante dalla mancanza di autorizzazione del minore. I principj generali sull'incapacità relativa dei minori piegano nella materia tutta speciale delle donazioni. La regola è qui, che la donazione non è perfetta, e non lega il donante, se non quando è stata debitamente accettata (articolo 938). Ora non è debitamente accettata, quando non la è stata nei termini dell'articolo 935: l'articolo 1125 del Codice Napoleone non ha inteso di cambiare questo punto di dritto (13).

Del rimanente siccome non vi è regola senza eccezione, vedremo nel n. 1135 un caso, nel quale il donante è privato dell'azione di nullità.

1127. Gl'incapaci, di cui si occupa l'articolo 935, non sono protetti nell'acquisto delle liberalità, che loro sono fatte, unicamente dai tutori o dai curatori, ma trovano una garentia dippiù nella vigilanza affettuosa dei loro ascendenti, investiti dal nostro testo del dritto di rappresentarli senza procura ed in virtù del mandato naturale, che dà il legame del sangue (14). Vi è un'altra ragione, ed è, che il padre deve gli alimenti ai suoi figli, e che è interessato a vedere aumentata la loro fortuna a fine di alligerire il peso di questa obbligazione (15).

(1) Part. 1, n. 859.
(2) Grenier t. I, n. 61.
(a) Come si è veduto, il nostro art. 859 esprime in termini espressi la necessità dell'autorizzazione del Consiglio di famiglia. *Il traduttore.*
(3) *Donat.*, part. I, n. 844 e seg.
(4) L. 9, § 2, D., *De auctorit. et consensu tutor.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 116, n. 3.
(5) Quest. 2.
(6) Lettera del 25 giu. 1731. Questa lettera è la 290ª.
(7) Cassazione 11 giugno 1816 (Devill., 5, 1, 202).
(8) *Oblig.*, n. 52. *Introd.* al tit. *Delle donazioni* della Consuet. d'Orleans n. 31.
(9) T. I, n. 61 *bis*. *Aggiungi* Merlin, Repert., vº *Minore*, § 7.
(10) T. V, n. 196. *Aggiungi* Duranton, t. VIII, n. 435.
(11) *Sopra* n. 1118, ove cito gli arresti della nullità assoluta. Nel senso della nullità relativa, Metz, 27 aprile 1824 (Dalloz, t. V; Devill., 2, 2, 447). Nancy, 4 febbraio 1839 (Dalloz, 39, 2, 128; Devill., 39, 2, 459). Colmar, 13 dicembre 1808.
(12) N. 1118 e seg.
(13) V. ancora Zachariae t. V, p. 46.
(14) Maynard, 4, 7.
(15) Furgole sull'art. 7 dell'ordin. del 1731.

Digitized by Google

Diciamo dunque, che il padre e la madre del minore emancipato o non emancipato e gli altri ascendenti, anche viventi il padre e la madre, comunque non siano nè tutori nè curatori del minore, possono accettare per lui. L'equità aveva di già fatta introdurre questa disposizione nell'ordinanza del 1731 (1); essa l'ha fatta conservare nel Codice. Sin da primo dell'ordinanza del 1731 la giurisprudenza se n'era preoccupata (2), imbevuta come era di questa idea, che *propter affectionem personarum*, gli ascendenti sono considerati come procuratori legali dei loro discendenti (3). Si vede, che il nostro articolo contiene qui una eccezione alla regola dell'articolo 933, che dispone, la procura dover rimanere annessa alla minuta della donazione. Qui l'esistenza della facoltà risulta dalla presunzione della legge, e non ha bisogno di essere per nulla giustificata.

1128. Bisogna rimarcare, che l'art. 935 non assoggetta il padre tutore o l'ascendente, che adempie queste funzioni, a prendere l'autorizzazione del consiglio di famiglia (4). Il padre e l'ascendente si presumono di agire sotto una migliore impulsione, l'affezione per lo minore. Il consiglio della natura dispensa da tutti gli altri. D'altronde come abbiamo detto, il padre può avere interesse all'accettazione a fine di essere alleggerito dal peso dei carichi della famiglia.

1129. Per differenti ragioni l'ava non abbisogna dell'autorizzazione di suo marito per accettare la donazione fatta a suo nipote, e la madre è nel medesimo caso. Ed in effetti la moglie qui non agisce per essa, ma agisce solamente come mandataria. Ora secondo l'articulo 1990 del Codice Napoleone la moglie può adempiere le funzioni di mandataria senza l'autorizzazione di suo marito (5).

1130. Per analogia il mandato tacito riconosciuto dall'art. 953, si estende agli ascendenti dell'interdetto (6).

L'ordinanza del 1731, articolo 7, se ne spiegava formalmente, ed evidentemente per inavvertenza l'articolo 935 non ne ha parlato.

1131. Il mandato tacito appartiene del pari al padre ed alla madre dei figli naturali riconosciuti (7). Il nostro articolo non distingue, e d'altronde il padre naturale essendo obbligato di dare gli alimenti a suo figlio, è interessato a procurargli dei beni, che lo dispensano da questa obbligazione.

1132. Il padre, la madre, o gli avi possono accettare pe' loro discendenti concepiti in tempo della donazione, imperocchè *qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in natura rerum esse*. L'art. 935 li comprende nella sua generalità (8).

1133. Potrebbe presentarsi il caso, in cui il tutore del minore volesse fargli una donazione. Bisognerebbe allora, che il tutore donante facesse nominare un tutore *ad hoc*, (9), se tuttavia il minore non avesse ascendenti. Il tutore surrogato non è chiamato ad adempiere quest'officio, perocchè secondo l'art. 420 del Codice Napoleone (a) le sue funzioni consistono ad agire per gl'interessi del minore, quando sono in opposizione con quelli del tutore; il che non è il nostro caso. Qui non vi è opposizione tra il tutore ed il minore; eglino agiscono di concerto. L'opposizione esiste per esempio quando la donazione è fatta al minore dai parenti del tutore.

1134. L'art. 14 dell'ordinanza del 1731 dava al minore un ricorso contro del suo tutore, quando il minore era leso per mancanza di accettazione, e non vi è dubbio, che questa disposizione non abbia anche oggi il valore della ragione scritta, perchè nasce dalla natura delle cose (10).

1135. Ma questo ricorso deve pure competere contro del tutore, quando è donante egli stesso, e che è in colpa di non avere fatto nominare al minore un tutore *ad hoc?* Evidentemente si (11). Egli ha fatto torto al minore nel tempo stesso, che voleva fargli del bene, ed è garante del pregiudizio, che ne risulta.

Contra di questo sentimento si dice, che la donazione non accettata validamente non è, che un progetto rivocabile; che il tutore ha potuto pentirsi della sua donazione, e che viene presunto di avere voluto rivocare il suo dono; che d'altronde non si potrebbe ricusargli un dritto, di cui tutti gli altri godono (12). Ma rispondiamo, che precisamente perchè il tutore ha lasciato le cose in questo stato d'incertezza e di rivocabilità, d'ond'emerge la nullità, egli è garante di questa nullità, di cui è la causa.

(1) Art. 7.

(2) Furgole, quest. 3.

(3) L. 35, C., *De procurat.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 105 e 106, ni 30, 31, 32.

(4) Cassazione 25 giugno 1812 (Devill., 4. 1, 137). Grenier, t. 1, n. 61 *bis*. Toullier t. V, n. 197. Duranton, t. VIII, n. 441.

(5) Pothier, *Potestà maritale*, n. 49. Furgole sugli art. 8 e 9 dell'ordin del 1731. Cassazione 12 aprile 1832 (Dalloz, 32, 1, 162). Toullier, t. V, n. 19.

(6) Duranton, t. VIII, n. 442 Coin-Delisle n. 14. *Contra* Marcadè, n. 4.

(7) Furgole sull'art. 7 dell'ordin. del 1731. *Contra*, Brodeau, lettera *D.*, somm. 58, n. 8.

(8) Grenier, t. I, n. 69 Toullier t. V, n, 197.

(9) Cassazione 12 Giugno 1816 (Devill., 5, 1, 202).

(a) Art. 342 delle Leggi civili.

Il traduttore.

(10) L. 7, C., *Arb. tutel.* L. 1, D., *De tutel. et ration. dist.* L. 2, C., *De administ. rer. public.*

(11) Pothier, *Donaz.*, p. 459 Ricard. n. 862. Merlin, Report. v° *Minore*, § 7, n. 3. Cassazione 12 giugno 1816 (Devill., 5. 1, 202) 9 dicembre 1829 (Dalloz 30, 1, 25). Grenobla 14 luglio 1836 (Dalloz, 37, 2, 157); e Devill., 39, 2, 159).

(12) Grenier n. 66 *bis*; Toullier, t. V, n. 202. Riom. 14 aprile 1829 (Dalloz, 32, 2, 76).

Del resto la garantia consiste nel privarlo dell'azione di nullità.

1136. Per mezzo dall'aziona di garantia il minore non può farsi restituire contro la mancanza di accettazione (1).

Articolo 936 — (860).

Il sordo-muto, che saprà scrivere, potrà accettare egli stesso o per mezzo del suo procuratore. Se non sa scrivere, l'accettazione dev'essere fatta da un curatore nominato a quest' effetto secondo le regole stabilite nel titolo della Minoretà, della Tutela, e dell' Emancipazione (a).

SOMMARIO

1137. Il sordo-muto può fare una donazione, manifestando la sua volontà non solamente con la scrittura ma anche col gesto.
1138. Nondimeno se si tratta dell' accettazione d'una donazione, il sordo-muto, che non sa scrivere, dovrà essere assistito da un Curatore *ad hoc*. — Omessione dell' art. 936.

COMENTARIO

1137. Il sordo-muto non è più isolato nella natura, giacchè un'arte benefica l'ha iniziato nel commercio della vita (2). Si veggono oggi de'sordi muti coltivare le scienze, le lettere, e le arti, dipingere, incidere, litografare, eccellere nelle matematiche, possedere il talento dello scrittore, ed analizzare ne'più ingegnosi libri i più profondi misteri dell'intelligenza. Una lingua sapiente ha fatto delle cinque dita della mano un completo alfabeto, che basta a tutti gli studi; a questa lingua grammaticale si aggiunge il linguaggio naturale del gesto, al quale eglino sanno dare un sì gran potere di comunicazione.

Il sordo muto può dunque fare una donazione, come più sopra abbiamo veduto (3), e può farla non solamente nel suo linguaggio grammaticale, ma ancora per mezzo di gesti, quando è certo di essere stato compreso dalle persone, la cui presenza è necessaria alla donazione. La pantomima è un modo di trasmessione delle idee, che può elevarsi alla più profonda e più vera espressione, e si sa quanto l'antichità era sensibile alle impressioni, che i Rosci, i Bathyli, ed altri artisti *dalle sapienti mani* (4) producevano su di un uditorio commosso e trasportato. Epperò il linguaggio di azione può bastare ad esprimere le più semplici idee della vita comune, sì che non si vede per qual motivo il sordo muto non potrebbe senza della parola esprimere la sua volontà di fare una liberalità, comunicandola per mezzo de' gesti espressivi della pantomima.

1138. Se può fare una donazione, ne segue a primo colpo d'occhio, ch'egli ha pure capacità per accettare la donazione, che gli vien fatta. Capace di fare il più, perchè sarebbe incapace di fare il meno? Nonpertanto il nostro articolo non ha portato nella sua disposizione questo rigore di ragionamento, ed ha creduto dovere stabilire una formalità nell'interesse generale de' sordi-muti, affinchè non accettino senza conoscenza di causa delle donazioni onerose. Vuole dunque, che il sordo muto non possa accettare egli stesso una donazione, che quando sa scrivere, ma che quando non sa scrivere, la liberalità sia accetta da un curatore *ad hoc* (5), nominato secondo le regole stabilite nel titolo della minoretà, della tutela e dell'emancipazione (6).

Per porre in chiaro perfettamente il forte ed il debole dell'art. 936 bisogna considerare questo: vi sono de' sordi-muti, che sono privati dell'intelligenza nella più parte de'rapporti civili. La lingua del gesto rimasta per loro nell'infanzia, non ha sviluppato le loro idee, e sono come al di fuori dalla relazioni col mondo. Il sig. Isard, medico de' sordi-muti, pensava pure, che se questi esseri infelici non erano stati iniziati nella vita intellettuale dalla coltura e dall'insegnamento, erano in qualche modo privati d'idee, di sensibilità morale, di sentimenti affettuosi. Forse questa tesi è troppo assoluta (7). Ma è certo, che se l'instruzione non viene ad aggiungere alle idee innate del sordo-muto, se non si esercita a fars' intendere a

(1) Art. 14 dell' ord. del 1731. Duranton, t. VIII, n. 444. *Infra*, art. 942.
(a) A quest' articolo corrisponde esattamente l' art. 860 delle Leggi civili. *Il traduttore*.
(2) *Sopra* n. 538.
(3) Ni 538 o 539.
(4) Luciano.
(5) Marcadè, n. 1. Zachariae, t. V, p. 47.
(6) Art. 480 Cod. Napol.
(7) Essa è stata confutata da un sordo-muto di molto spirito, il sig. Fordinando Berthier, in una memoria letta all' accademia delle scienze morali e politiche, ed impressa sotto il titolo: « *Sull' opinione del fu Dottore Itard*, ec. »

ad intendere, vive di una vita più interna che esterna, e resta per così dire estraneo agli atti di coloro, che lo circondano. Epperò questi sordi-muti hanno evidentemente bisogno di un curatore *ad hoc* per accettare la donazione, di cui sono gratificati. Perocchè sono eglino incapaci a causa della loro ignoranza di ciò, che si fa, e la disposizione dell'art. 936 è per essi un benefizio, comechè li rileva dalla loro trista infermità.

Ma vi è un'altra categoria di sordi muti, e sono coloro, che l'educazione ha messo in possesso di ciò, che fa l'uomo intelligente. L'art. 936 li dinota quando parla de' sordi-muti, che sanno scrivere. Il sordo muto, ch'è pervenuto a sapere scrivere, ha superato i limiti successivi, che separano le tenebre dalla luce. Egli sa leggere; sa associarsi alle idee altrui; sa ancora associare gli altri alle sue proprie. Restituito in qualche modo contra la privazione dell'udito e della parola, comprende quindi la volontà, che lo gratifica, e può accettarla con conoscenza di causa.

Vi è un'altra categoria, ed è quella de' sordi muti illetterati (1), che hanno una capacità certa, e sanno fars'intendere nel tempo stesso, che comprendono gli altri. L'art. 936 avrebbe dovuto fare un'eccezione per loro, ma non l'ha fatta, ed ha messo su di una stessa linea tutt'i sordi-muti, che non sanno scrivere, stabilendo per tutti una uguale formalità, che dispensa dalle ricerche individuali sull'intelligenza del donatario (2). Su di questo punto l'art. 936 lascia qualche cosa da desiderare.

Articolo 937 (861).

Le donazioni fatte a favore degli ospizi, de' poveri di un comune, o di uno stabilimento di utilità pubblica saranno accettate dagli amministratori di questi comuni o stabilimenti dopo di esservi stati debitamente autorizzati (a).

SOMMARIO — 1139. Rinvio

COMMENTARIO

1139. L'accettazione delle donazioni fatte agli stabilimenti pubblici è stata l'oggetto delle nostre osservazioni nel commentario dello art. 910 (3). Non abbiamo nulla ad aggiungervi qui.

Articolo 938 — (862)

La donazione debitamente accettata sarà perfetta col solo consenso delle parti, e la proprietà degli oggetti donati sarà trasferita nel donatario senzachè vi sia bisogno di altra tradizione (b).

SOMMARIO

1140. Nella donazioni come negli altri contratti la translazione del dominio si opera senza tradizione.

1141. Ne' paesi di dritto scritto la donazione era perfetta col consenso; *secus* ne' paesi d' inserizione.

1142. In quasi tutti gli altri paesi di consuetudine la mancanza della tradizione era una causa di nullità relativamente agli eredi ed a' terzi, ma non relativamento al donante.

1143. Vi era qualche consuetudine, che su questo punto aveva imitato il dritto romano.

1144. Il Codice Napoleone eresse in legge la disposizione ammessa in dritto romano dalla legga 35 nel Codice, *De donat.*

1145. Il consenso solennemente manifestato equivale ora alla stessa tradizione.

1146. Una sola eccezione a questo principio esiste nell' art. 948.

COMMENTARIO

1140. Abbiamo avuto occasione di dirlo altrove (4); l'articolo 938 ha operato una grande innovazione. Molto differente dalla giurisprudenza dei paesi di consuetudine, non fa più dipendere il perfezionamento della donazione, che dal consenso delle parti, solennemente manifestato, cui attribuisce la forza di operare la traslazione del dominio.

(1) Arg. dall' arresto de' 30 gennaio 1844 (Devill., 44, 1, 102) riportato più sopra n. 539.

(2) Tolosa 16 agosto 1842 e l'arresto di rigetto dei 30 gennaio 1844 (Devill., 44, 1, 102).

(a) A quest' articolo corrisponde l'art. 861 delle Leggi civili, che dice: « Le donazioni a favore degli « ospedali, de' poveri di un comune, o degli stabilimenti « di utilità pubblica, o di qualunque altro corpo morale « saranno accettate dagli amministratori rispettivi dopo « che ne sieno stati debitamente autorizzati. »

Il traduttore.

(3) *Sopra*, n. 676.

(b) Uniforme all' art. 862 delle Leg. civ. *Il trad.*

(4) *Sopra*, n. 71.

Del resto tale è il sistema generale del Codice Napoleone, il quale dà al consenso il potere di fare cambiare di luogo la proprietà, e farla passare da una testa sull' altra (1). Nè nelle successioni nè nelle donazioni e le vendite l' investitura e la tradizione sono un elemento necessario per sostituire un proprietario ad un altro. Il Codice Napoleone si è messo di accordo col dritto delle genti, con la filosofia del dritto, con la spiritualità, che deve dominare nella giurisprudenza, escludendo la condizione materiale della tradizione (2).

1141. Ma per fare meglio conoscere l' innovazione contenuta nel nostro articolo in quel, che concerne la tradizione, bisogna rimontare all' antica legislazione, la cui semplicità lasciava a tal riguardo molte cose da desiderare.

Solo nei paesi di dritto scritto la donazione era perfetta col consenso e senza tradizione conformemente alla legislazione di Giustiniano(3). Ma nei paesi di consuetudine era diverso (4), dapoichè là la tradizione era indispensabile, ed attingeva la sua necessità nelle viscere del dritto consuetudinario (5).

Si sa qual' è lo spirito formalista delle legislazioni barbare o poco avanzate, le quali si attaccano essenzialmente alle solennità esteriori, ed hanno più fede nell'atto, che nella volontà. D' onde il sistema de' possessi (*saisines*) che si è serbato con tanta energia e per così lungo tempo nei paesi d' inscrizione. Vi era la tradizione così rigorosamente richiesta, che la mancanza di tradizione si considerava come una violazione della regola; *donare e ritenere non vale* (6). Lo stesso donante non era soggetto ad alcuna azione da parte del donatario, se non si era spossessato mercè la tradizione, condizione essenziale dell'alienazione(7). I paesi d'iscrizione avevano conservato il formalismo del vecchio dritto con un religioso rispetto.

1142. Le altre consuetudini si mostrarono meno assolute nella loro superstizione materialista. Nel rispettare la tradizione (8) però non permisero, che il donante facesse dipendere la sua propria obbligazione dalla tradizione reale. Vollero, che la mancanza di tradizione non potesse opporsi, se non dai suoi eredi o dai terzi e non da lui stesso (9). Permettere al donante di argomentare dalla mancanza di tradizione sarebbe stato un autorizzarlo a profittare della sua propria frode (10). La buona fede aveva finito col vincere su questo punto sul culto della forma.

Ma in quello, che concerne gli eredi ed i terzi l' antico rispetto della tradizione si trincierò nella massima: *donare e ritenere non vale*. Aggiungiamo, che la tendenza a conservare i beni nelle famiglie faceva riguardare con avversione le donazioni, che obbligando il donante a spogliarsi, gli s' imponeva una legge rigorosa, che poteva sovente moderare le sue liberalità (11).

1143. Nondimeno bisogna dire, che vi erano talune consuetudini, che avevano avuto la saviezza di anticipare il Codice Napoleone, e d' imitare il dritto romano (12).

1144. Tal' era presso a poco lo stato delle cose nel momento della promulgazione del codice Napoleone. Negligo in questo momento molti dettagli curiosi, forse opportuni per la istoria ma ora poco utili per chiarire il Codice Napoleone.

Il nostro articolo avendo da pronunziarsi tra il dritto consuetudinario ed il dritto romano, ha eretta in legge la disposizione della legge 35 del Cod. *De donat.*, ed è il più saggio partito, che poteva prendere. Ed in effetti è pressochè impossibile di dare un motivo ragionevole alla solennità della tradizione (13); dire, che la mancanza di spossessamento attuale sia contrario alla massima: *donare e ritenere non vale*, è certamente esagerare il vero senso di questa regola piena di saggezza. Dapoichè non si può dire, che il donante ha ritenuto la cosa donata, quando ha investito il donatario di un'azione per obbligarlo a rilasciargliela. *Is, qui actionem habet ad rem, jam ipsam rem habere videtur.*

Da un altro lato dare agli eredi un' azione di nullità, che non ha il donante, permettere agli eredi di rovesciare una donazione perfetta tra il donatario ed il donante è uscire dalle regole. È un gettarsi fuori la natura dei contratti per attaccarsi all' arbitrario in un interesse di favore.

Il Codice Napoleone è andato anche più lontano del dritto romano. Non solamente col consenso la donazione è perfetta, ma ancora la proprietà è trasferita. Del resto qui il Codice non fa altro, che essere fedele al suo sistema

(1) Il mio comm. della vendita ni 36 e seg. art. 1583, 711.

(2) Il mio comm. della *Vendita*, n. 40. Ho sviluppato queste idee.

(3) L. 35, § 5, C., *De donat*, Furgole, *Question. sulle donaz.* 38, n. 17, e sull'art. dell' ordin. del 1731.

(4) Furgole sull' art. 1 dell' ordin del 1731.

(5) Ricard, *Donat.*, p. 1, ni 908, e seg. V. Merlin, Repert. v° *Doveri di legge*. Loyseau, *Deguerpis.*, Lib. 4, cap 1, n. 33. Furgole, quest. 38, n. 21.

(6) Champagna, art. 44. Questo testo è formale.

(7) Merlin, Repert., v. *Donazione*, p. 98 cita la risposta del parlamento di Douai alle osservazioni del Cancelliere D' Aguesseau.

(8) Orleans, art. 176, 178, 283.

(9) Chalons, art. 64. Parigi, art. 274. Orleans, 283. Pothier su *Orleans*, *Introd.*, t. XV, n. 25.

(10) Pothier, id.

(11) *Infra*, n. 1193.

(12) Borbonese, art. 122. Torena, art. 240 Lodunois, cap. 25, art. 2. Angiò, Art. 341. Maine, art. 353.

(13) Merlin, Repert., v° *Donazione*, sez. 5, § 2, p. 101, col. 1, 2 e seg. ha discusso questo punto.

generale, secondo il quale la tradizione è cessata di essere necessaria pel trasferimento della proprietà.

1145. Così dunque il solo consenso per l'unico potere della volontà opera un effetto diffinitivo, un vero spossessamento. Equivale alla stessa tradizione, e non solamente forma ciocchè i giureconsulti chiamavono la tradizione di dritto (1), ma dispensa pure dalla tradizione di fatto, che nell'antico dritto doveva seguire la tradizione di dritto (2). Il perchè l'articolo 938 servendosi di una locuzione, che può sembrare strano alle persone, poco versata nella cognizione dei precedenti, ma perfettamente spiegabile da coloro, che l'hanno studiato, dice, essere la donazione perfetta *senza altra tradizione*, il che vuol dire, senza tradizione di fatto, senza altra tradizione oltre quella, che risulta dal consenso (3).

1146. Vedremo all'articolo 948 una eccezione al principio, che la donazione è perfetta col solo consenso delle parti. Perciocchè questo articolo esige, che nella donazione degli effetti mobili uno stato estimativo di essi sia unito alla minuta della donazione.

Articolo 939 — (863)

Quando vi sarà donazione di beni suscettibili d'ipoteche, dovrà essere fatta la trascrizione degli atti contenenti la donazione e l'accettazione, come ancora la notifica dell'accettazione, se sarà stata fatta con atto separato nell'uffizio delle ipoteche del circondario ove i beni sono siti (a).

SOMMARIO

COMMENTARIO

1147. La trascrizione della donazione, va ad occuparci. Ma il dritto nuovo, cui deve la sua esistenza, non può essere ben compreso, se non risalendo all'insinuazione, che aveva preceduta la trascrizione, e che occupava un gran posto nell'antica giurisprudenza (4).

1148. La formalità dell'insinuazione ci veniva dal dritto romano, e se ne parla la prima volta nella legge 25, C., *De donat.* Fu introdotta dal padre del gran Costantino, da Costanzo Cloro, che allora governava le Gallie, la Spagna, e la Brettagna. Costantino ne fece

(1) Ricard, part. 1, cap. 4, sez. 2. Merlin, Repert., v° *Donazione*, p. 96.
(2) Merlin. Repert., v° *Donat. loc. cit.*
(3) V. in Fenet, t. 11, p. 283, l'art. 54 del progetto.
(a) Uniforme all'art. 863 delle Leg. civ. *It ad.*

(4) Ordinanza di Moolins, art. 58. Art. 20 dell'ordin. del 1731. Furgole su questa ordin. Ricard. parte 1, cap. 4, sez. 3, gloss. 6. Ferrières *su Parigi*, art. 284, § 2. Devillceuve, 46, 1, 226.

obietto di nuovi regolamenti contenuti nella legge precitata. I quali regolamenti diversamente modificati dai successori di questo Principe, furono in parte cambiati dall' Imperatore Giustinieno, che fissò l' ultimo stato della giurisprudenza con la legge 36, § ultimo, C., *d. Donat.* Fu deciso, che ogni donazione mobiliare o immobiliare, eccedente 500 scudi d'oro, sarebbe sottoposta alla formalità dell' iosinuazione. Il motivo, che fece introdurre l' insinuazione, fu la necessità di proteggere i creditori, e di bandire il segreto così efficace a favorire delle donozioni immense a delle invereconde prodigalità (1), o (come dice la giurisprudenza di Guy Pape) di evitare gli artifizi, pei quali facilmente s' inducevano i deboli a disfarsi dei loro beni (2). Codesto motivo interessava tanto l' ordine pubblico, che l'omessione dell' iosinuazione annullava la donazione per tutto quello, che eccedeva i 500 scudi d' oro, e che lo stesso donante poteva opporlo. *Nam ubi non intervenit insinuatio, donator potest repetere res donatas* (3). Il che risultava dalle leggi 34 C., *de donat.* e 36 del medesimo titolo. Di tal che nel dritto romano era l' insinuazione quel che è presso noi la necessità di stipularsi l' atto innanzi notajo ; era della forma e dell' essenza della donazione (4).

1149. Dopo la caduta dell' impero romano, l' insinuazione rimese in vigore nell' occidente, e Morculfo ci ha conservato parecchie formole d' insinuazione (5). Ve ne sono esempi numerosi negli atti del 5, 6, 7, 8, e 9 secolo (6).

Nulladimeno è permesso di credere, che quando il formalismo del dritto feudale ebbe imposto alla donazione la necessità di una tradizione reale, l' insinuazione cadde in desuetudine (7); forse non d' una maniera generale, perocchè se ne trovano degli esempi nel 13.° secolo in Auvergne (8), ma almeno in molti luoghi. Vi si ritornò, quando s' introdusse l'uso delle tradizioni finte, così favorevoli al segreto delle donazioni. Imperciocchè è certo, come Ricard lo dice (9) « che molti sono contenuti » nella disposizione dei loro beni dalla consi- » derazione di non poterlo fare senza rendere « pubbliche le loro donazioni ». Il perchè Francesco I. esigè, che nell' avvenire le donazioni fossero insinuate con un' ordinanza del 1539, che servì di fondamento alla giurisprudenza francese sull' insinuazione; poi venne la ordinanza di Moulins per reiterare e fortificare l' obbligazione di sottomettersi a questa formalità preservatrice (10). Del resto è da rimarcarsi, che i paesi d' inscrizione, che avevano conservato l' uso antico di una solenne tradizione, furono affrancati dall' insinuazione, la quale sarebbe stata per essi una vera superfetazione (11).

L' ordinanza del 1731 regolò in una maniera diffinitiva quel, che concerneva l' insinuazione. Nel fare cessare le variazioni della giurisprudenza, che l' aveva preceduta, volle, che tutte le donazioni anche reciproche, o rimuneratorie, o pie fossero insinuate a pena di nullità, eccettuando le sole donazioni fatte nei contratti di matrimonio in linea diretta e le donazioni di mobili con tradizione reale (12). Bastava, che la insinuazione fosse fatta nei quattro mesi dal giorno della data della donazione, sia che il donante o il donatario fossero trapassati. Allora dessa era valida contro tutti coloro, che avevano contrattato col donante nel tempo intermedio tra la donazione e l' insinuazione. Che se l' insinuazione si faceva dopo i quattro mesi, essa non era del tutto inutile, purchè si facesse in vita del donante, ma aveva effetto soltanto dal giorno della sua data (13).

Pel resto si sa, che l' insinuazione consisteva nel trascrivere l' atto di donazione nei registri pubblici, destinati a tale effetto, sì che tutti potevano prenderne conoscenza.

1150. L' insinuazione essendo stata richiesta dalle ordinanze unicamente per rendere pubbliche le donazioni e ad oggetto di non indurre in errore coloro, che in prosieguo contratterebbero col donante, ne seguiva, che per una derogazione del dritto romano, introdotta dall' articolo 50 dell' ordinanza di Moulins, la mancanza d' insinuazione non poteva essere opposta dal donante, dapoichè non era stata ordinata per esso, nè egli vi aveva verun interesse (14). Ma i creditori, gli acquirenti a titolo oneroso, i donatarì posteriori, ed i legatarì potevano prevalersene (15). Ben più potevano giovarsene gli eredi del donante, il che l' interesse pubblico aveva fatto ammettere pel timore, che la mancanza di conoscenza

(1) « *Insinuatio donationis requiritur si quingentos » aureos excedat, cum alioquin clandestinis et domo- « sticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportuni- « tate confingi posset, vel id, quod vere gestum est, « aboleri in praejudicium creditorum, maxime inter ne- « cessarias conjunctasque personas.* » (Voet, *ad Pand.* lib. 39, t. V, n. 15.

(2) *De donat.*, art. 2, p. 226.

(3) Cujacio *sulla legge ult.*, C., *De jure dotium.*

(4) Merlin, Repert., v. *Donaz*, p. 136. 137.

(5) ll. 37, 38. Mabillon, c. 1.

(6) Savigny, *Istoria del dritto romano nel medio evo*, cap. 4, § 45.

(7) Merlin, Repert. v° *Dono manuale*, p. 46. col. 2, verso 2.

(8) Ducange, v° *Insinuazione.*

(9) *Loc. cit.*

(10) Art. 38.

(11) Art. 33 dell'ord. del 1731.

(12) Art. 15.

(13) Art. 26

(14) Ricard, *Donaz.* p. 1, n. 1231. Pothier, *Donaz. tra vivi*, p. 479. ed *Introd.* al tit. 15, n. 45, e 60. secondo l'ordinanza del 1731, art. 27. Così non bisogna arrestarsi alla decisione del presidente Fabro, che scriveva sotto il dritto romano, il quale dice, nel suo Codice, def. 9, *Ad tit De insinuat. donat.* : « *Donatio « inter vivos non insinuata, cum insinuari debeat, potest revocari ex sola poenitentia.* »

(15) Art. 27 dell'ordinanza del 1731.

delle donazioni non li determinasse ad accettare una successione, nella quale credessero essere compresi dei beni, che ne erano usciti.

Ma coloro che erano responsabili verso il donante della mancanza d'insinuazione, non potevano eccepire questo vizio. Ciocchè avveniva ogni volta, che colui, che eccepiva la mancanza d'insinuazione, si trovava di essere stato l'amministratore dei beni del donante, e di essere stato obbligato in questa qualità all'insinuazione; ovvero quando colui, che opponeva questo stesso vizio, era crede di questo amministratore, perocchè succedeva alle sue obbligazioni. Per la quale ragione se un tutore aveva fatta una donazione al suo minore, questo tutore non era ammissibile ad opporre la mancanza d'insinuaziona (1).

Tali erano le regole principali relative alle formalità ed agli effetti dell'insinuazione (2).

1151. Furono desse osservate sino al momento della promulgazione del Codice. Ma quando si prese ad occuparsi dalla redazione del corpo delle nostre leggi civili, si venne a scorgere, che l'insinuazione, il cui scopo era la pubblicità della donazione, era presso a poco inutile, dopochè la legge degli 11 brumaire anno 7 aveva nello stesso obietto ordinata la trascrizione di tutti gli atti traslativi di proprietà, e per conseguenza delle donazioni (3). Epperò l'insinuazione fu proscritta come una doppia formalità, malgrado le vive opposizioni del signor Tronchet, che insitè, onde fosse conservata. Perciocchè egli diceva « l'insinuazione ha nel suo principio e nei suoi effetti « un oggetto molto più esteso e molto più « vantaggioso della trascrizione; garantisce gli « eredi dal pericolo di accettare una successione divenuta onerosa per effetto d'una donazione fatta con riserva di usufrutto. Riesce « loro facile nel percorrere il particolare registro delle insinuazioni, molto meno voluminoso di quello delle ipoteche, di assicurarsi, « che non si espongono a quest' inconvenienze... D'altronde la legge dell'insinuazione « e quella della trascrizione esistono ugualmente: l'ultima è unicamente applicabile « alle donazioni, che trasmettono la proprietà « delle cose immobiliari, per lo che le altre « donazioni possono solamente divenir pubbliche per mezzo dell'insinuazione (4). » Ma queste osservazioni non fecero effetto sulla maggioranza della Sezione, la quale si lasciò dirigere dall'idea, che l'insinuazione e la trascrizione sono due mezzi identici, concorrenti lo stesso scopo, e che per conseguenza era uno numentare inutilmente le spese. Si rinunziò pure ad imporre la trascrizione alle donazioni delle cose mobili, perchè niente era più facile di eludere la pubblicità per mezzo della facoltà di fare dei doni manuali.

1152. Si vede, che nell'abolire l'insinuazione il Consiglio di Stato restò penetrato del bisogno di pubblicità che era incaricato di assicurare. La discussione, che ci è stata conservata prova ad evidenza, che i membri del Consiglio di Stato di tutte le opinioni compresero essere la donazione circondata da sì grandi pericoli e da tanti mezzi di frode da non potere far a meno della pubblicità. Ed in questo senso parlarono i signori Treilhard e Jollivet, che più fortemente insistettero sull'abolizione dell'insinuazione (5), ed i quali proposero di stare alla sola trascrizione, perchè questa procurava un grado di pubblicità uguale all'insinuazione. « I registri ipotecari, dice il signor « Treilhard, assicurano la pubblicità della donazione meglio dei registri molto più oscuri « dell'insinuazione. Il signor Jollivet aggiunge: «Nel prescrivere l'insinuazione l'ordinanza del 1731 altro non si è proposto, che « di rendere pubbliche le donazioni. Ma la « legge degli 11 brumaire anno 7 ha con le « stesse vedute ordinata la trascrizione, e le « donazioni vi sono sottoposte. Così in molti « dipartimenti si è stato colpito dell'inutilità « dell'insinuazione, dopochè la trascrizione è « divenuta indispensabile. »

Bisogna dunque partire da questo punto capitale, che la trascrizione fu considerata dai redattori del Codice come rimpiazzamento della pubblicità dell'insinuazione. In quanto agli effetti ipotecari della trascrizione eglino s'imposero una legge di guardare il silenzio, e delle riserve furono espressamente fatte a tal riguardo(6). La legge degli 11 brumaire anno 7, era allora in vigore, ma s'ignorava ancora, se sarebbe o no rimpiazzata da un altro sistema. Non si volle dunque nulla pregiudicare.

1153. È vero che l'art. 939 dichiara di applicarsi esso soltanto ai beni suscettibili d'ipoteca, ma da ciò non deriva, che intende influire in checchè sia sul regime ipotecario. Se parla così, è per mostrare la distinzione, che abbiamo indicata or ora, tra i beni mobili ed i beni immobili.

1154. Siegue da ciò, non essere la trascrizione della donazione direttamente e principalmente (come ha sostenuto il signor Toullier (7)) una formalità preparatoria della purgazione ipotecaria. L'articolo 939 non si è preoccu-

(1) Art. 31 dell'ordin. del 1731.

(2) Si troveranno su questa materia i più profondi dettagli in un'aringa del Merlin, riferita alla parola *Donazione reciproca*. Repert. § 3, ed in un arresto di cassazione do'14 prairial an. XIII, che vi è citato in tutta la sua estensione.

(3) Bigot, discussione del consiglio di Stato Fenet. t. XII. p. 339).

(4) Fenet, t. XII, p. 361. Grenier, *Ipoteche*, t. II. n. 359.

(5) Fenet, t. XII, p. 360.

(6) Bigot (Fenet, t. XII, p. 360), e Trailhard (id.).

(7) T. V, n. 337 e seg.

pato di questo punto, e l' ha riserbato per lo avvenire (1). Esso ha unicamente guardato la esistenza stessa della donazione e la sua stabilità relativamente ai terzi, indipendentemente dal regime ipotecario. Decidere il contrario sarebbe sconoscere il vero senso della trascrizione, torle il suo carattere speciale *et sui generis*, e ribassarla al rango di una formalità servile e comune a tutti i contratti. Essa ha una significazione propria come l' insinuazione; rimpiazza l' insinuazione per consolidare la donazione, ma non per legarsi alla necessità del regime ipotecario (2).

1155. Ma nell' occupare il posto dell' insinuazione non è vero, che vale soltanto, quanto l' insinuazione valeva, e che non ha altri effetti nè altra estensione; imperocchè non vi sarebbe maggior errore di quello di volere determinare la condizione della trascrizione su quella della insinuazione.

E primieramente secondo l' ordinanza del 1731 le donazioni delle cose mobiliari non erano esenti dall' insinuazione in tutti i casi (3), ma vi erano sottoposte al di sopra di 1000 lire. Al contrario la trascrizione non abbraccia le donazioni dei mobili.

Dippiù la trascrizione non è stata introdotta come l' insinuazione a favore degli eredi del donante, perocchè la legge degli 11 brumaire anno 7, con la quale la si metteva in armonia sotto certi rapporti, non aveva mirato a questa sorte di persone, ma aveva voluto unicamente favorire i terzi acquirenti ed i creditori. Dalla discussione del Codice Napoleone si vede, che uno dei principali motivi, che faceva desiderare al signor Tronchet l' insinuazione, si era l' esclusione degli eredi del donante sotto il regime della trascrizione dal farsi del difetto di pubblicità uno eccezione (4). Del resto ritorneremo su di ciò nel nostro commentario dello articolo 941.

1156. Se è vero, che i redattori del Codice hanno avuto la ferma volontà di dare una grande pubblicità alle donazioni, come i legislatori di tutti i tempi ne hanno sentito la necessità, ne siegue, che la trascrizione, incaricata di produrre questo effetto, è una formalità obbligatoria pel donatario (5), se vuole, che la sua donazione produca tutti i risultamenti contra dei terzi, nell' interesse dei quali la pubblicità è prescritta. Per verità la donazione resterà perfetta tra il donante ed il donatario, ma per rispetto ai terzi non sarà altro, che un patto nudo, incapace di effetti. Senza di ciò sarebbe libero ai due contraenti di soffogare questa pubblicità, cui la legge attacca tanta importanza per motivi di morale e di giustizia, che facilmente saltano agli occhi.

1157. Non è stato assegnato al donatario verun termine per fare trascrivere la donazione, e la legge se n' è riportata al suo interesse. Questo è pure un punto, in cui la trascrizione si distingue dalla insinuazione (6), dapoichè si è pensato, che questo interesse personale, che del resto è gravissimo (7), è il migliore eccitante alla diligenza.

1158. Si domanda a questo proposito, se il donante essendo caduto in fallita, la trascrizione potrà aver luogo validamente dopo l' epoca della cessazione dei suoi pagamenti o nei dieci giorni, che la precedono (art. 446, 448 Codice di Commercio).

I monumenti della giurisprudenza della Corte di Cassazione non risolvono la quistione di una maniera assoluta, perciocchè per quanto è a mia conoscenza, i suoi arresti sono pronunziati soltanto su delle donazioni fatte per contratto di matrimonio (8), vale a dire su donazioni, che non appartengono propriamente agli atti puramente gratuiti, mentre il marito, che riceve la dote, accetta i pesi del matrimonio. Ora si sa, che nello spirito del Codice di Commercio e malgrado i suoi sospetti contra gli atti fatti in prossimità della fallita, esso non presume la frode di pieno diritto nelle alienazioni fatte a titolo oneroso, ma bisogna giusta l' articolo 447, che la frode sia provata, e nei casi giudicati dagli arresti, ai quali alludo, era riconosciuto, che il genero e sua moglie erano di buona fede.

1159. Ma che dovrebbe dirsi, se si trattasse di una donazione ordinaria?

Tutto dipende dalla quistione, se la trascrizione, formalità estrinseca, consolida soltanto dalla sua propria data la preesistente donazione, o se al contrario l' effetto della trascrizione è di convalidare *ab initio* la donazione relativamente ai terzi. Nel primo caso avrebbe luogo in tempo sospetto, e la donazione sarebbe presunta fraudolenta; nel secondo la donazione sarebbe considerata fatta in un' epoca, nella quale il donante aveva ancora la libera disposizione dei suoi beni.

Ora nella realità delle cose la trascrizione non è la stessa donazione; essa la completa, e la consolida, ma non la costituisce. L'art. 938 è formale a tal riguardo, epperò non è questo uno degli atti traslativi di proprietà, che l' articolo 446 del Codice di Commercio ha voluto colpire con sì sagge precauzioni. La trascrizio-

(1) V. l'art. 2181 Cod. Nap.
(2) Il mio comm. dell' *Ipoteche*, t. IV, n. 904.
(3) Pothier *su Orleans*, *Introd.* al tit. 15, n. 49.
(4) Fenet, t. XII, p 361.
(5) Arg. dall' articolo 940.
(6) *Sopra*, n. 1149.
(7) Art. 941.

(8) Cassaz. 2 marzo 1847 (Devill., 47, 1, 186, causa Comitis). Bourges 9 agosto 1847 (Devill., 47, 2, 485), dopo rinvio, e Cassaz, rig. 24 maggio 1848 (Devill., 48, 1, 438). *Aggiungi* Cassaz. 26 novembre 1845 (Devill., 45, 1, 226). Montpellier 4 giugno 1844 (Devill., 45, 2, 101), le stesse circostanze.

Digitized by Google

ne è una formalità estrinseca, che non è l'opera comune del donante e del donatario, ma spetta solo al donatario (1). Come dunque si potrebbe escludere a causa della fallita un atto, al quale il donante fallito rimase straniero? Non è forse vero, che la nullità pronunziata dal precitato art. 446 del Codice di commercio non è fondata, che sull' incapacità relativa e personale del debitore fallito, sullo spossessamento risultante dallo stato di cessazione dei pagamenti, ed anche sulla presunzione di frode attaccata ai fatti, che emanano da lui? D'onde risulta, che la legge vuole unicamente colpire gli atti che emanano dalla sua stessa azione, e non quelli, che emanano da un'altra persona, e che vengono a completare senza frode delle convenzioni, che ne sono originariamente esenti. L'art. 446 è prezioso da meditarsi per rischiarare questo punto.

Ciò particolarmente si vede in quel che concerne i dritti d'ipoteca e di privilegio validamente acquistati nei dieci giorni, precedenti la cessazione dei pagamenti. L'art. 448 vuole, che siano inscritti sino al giorno della sentenza dichiarativa della fallita. Senza assimilare l'inscrizione dell'ipoteca alla trascrizione della donazione, non si può negare, che non vi sia almeno un'analogia; e per certo è permesso di argomentare dal principio, che è servito di base alle disposizioni dell'art. 448 sull'inscrizione (2). Prima dell'inscrizione vi è ipoteca conferita e dritto acquistato (3); prima della trascrizione della donazione vi è pure dritto acquistato, spossessamento di dritto, translazione di dominio, perfezionamento della donazione tra le parti. Aggiungete a ciò, che il primo paragrafo dell'articolo 446, nel restringere il sospetto, di cui si arma contro gli atti fatti dal debitore, fortifica la parità, che qui stabiliamo tra l'inscrizione presa dal creditore e la trascrizione fatta dal donatario, inscrizione e trascrizione, che non sono l'una più dell'altra il fatto del debitore fallito.

1160. Questa soluzione sembra acquistare un alto grado di forza dalla giurisprudenza della corte di Cassazione sull'epoca della significazione della costituzione del pegno, quando vi è fallita (4). Essa decide, che il termine dei dieci giorni, che precedono la fallita, non è un tempo di sospetto per la significazione del pegno al debitore conformemente all'articolo 2075 del codice Napoleone, e che questa significazione può avere luogo sino al giorno della sentenza, che porta dichiarazione della fallita. Si comprende tutta la forza di questa giurisprudenza, ed il potente argomento, che somministra, perciocchè la significazione al debitore dell'atto di costituzione di pegno è una condizione tuttaffatto essenziale per stabilirsi il privilegio del creditore con pegno (5). Senza intimazione l'atto di costituzione del pegno è incompleto, ed è incapace d'ingenerare un privilegio. Or se malgrado questa necessità sostanziale della significazione, si può farla nei dieci giorni, che precedono la fallita, quanto con più forte ragione si può fare la trascrizione, che non crea la donazione, che solamente le dà un valore estrinseco, presso a poco, come l'inscrizione per rapporto all'ipoteca, che non fa, che aggiungere ai dritti personali, risultanti già dal contratto, un dritto reale opponibile ai terzi?

1161. So, che si può obiettare al sistema, che qui difendiamo, una ragione, che non manca di gravità; ed è che senza la trascrizione la donazione resta senza pubblicità relativamente a' terzi; che sola la trascrizione avverte legalmente questi medesimi terzi, che l'attivo del commerciante non comprende più i beni donati, e che non bisogna più contare su questa parte del suo avere per calcolare la forza del suo credito; che sarebbe tessere una insidia alla buona fede il validare delle liberalità occulte, che lasciano gli esteriori fittizii della ricchezza a colui, la cui salvibilità è scossa (6). Ma non si può rispondere, che le inscrizioni ipotecarie, che si mostrano soltanto ne' dieci giorni della fallita, hanno gli stessi inconvenienti, e che nondimeno il Codice di Commercio permette loro di manifestarsi a causa del diritto acquistato, del quale sono la conseguenza? (7) Se la legge tiene conto delle ipoteche, che sono restate nell'ombra, e che i terzi non hanno potuto sospettare, se accetta come buone le inscrizioni di queste ipoteche, che si producano tra dieci giorni, purchè procedono da dritti validamente acquistati anteriormente, non si concepisce perchè si rigetterebbe una trascrizione fatta ne' dieci giorni, purchè la donazione, di cui è il complemento, sia fatta senza frode ed in tempo non sospetto. Che se il mistero guardato dalle parti è un artifizio riprensibile per ingannare i terzi, si colpirà la donazione, ma non sarà lo stesso, se vi è stata buona fede.

1162. Del resto è ben inteso, che la trascrizione non avrebbe alcun valore, se fosse fatta dopo la sentenza dichiarativa della fallita. Per la fallita il debitore è spossessato de' suoi beni; i suoi creditori li prendono nello stato, in cui

(1) Arg. dell'articolo seguente.

(2) Grenoble 17 giugno 1822 (Devill., 7, 2, 84). Montpellier 4 giugno 1841 (Devill. 45, 2, 402). Il ricorso è stato rigettato il 26 novembre 1845 (Devill., 46, 1, 226).

(3) Il mio comm. della *Vendita*, t. II, n. 911. Il mio comm. del *Pegno*, n. 294.

(4) Il mio commentario del *Pegno*, n. 273, 274, 275, 276.

(5) Testo dell'art 2075.

(6) Il sig. Esnault, *Delle fallite*, t. I, n. 194. V. pure Bayle-Mouillard, su *Grenier*, t. II, p. 67, 68.

(7) Art. 448 C. di comm.

sono; ne sono investiti a titolo di dazione in pagamento, e tutto si trova accomodato pel loro sequestro. Per lo che il donatario verrebbe, quando le cose non sono più intiere; se facesse trascrivere dopo la fallita, somiglierebbe ad un donatario, che facesse trascrivere, quando il donatario è cessato di essere proprietario della cosa per effetto di una vendita (1).

1163. Si è veduto, che il nostro articolo derogando alle regole dell' insinuazione, sottopone soltanto alla trascrizione i beni, suscettibili d' ipoteche, escludendo con ciò da questa fo malità le donazioni de' mobili. Questa parte del nostro articolo ha dato luogo a delle serie difficoltà.

Il primo pensiero, che si presenta allo spirito, è di spiegare l' art. 939 con l' art. 2118 del Codice Napoleone(a)che dà una definizione (ed una definizione limitativa) de' beni suscettibili d' ipoteche (2).

Sotto di questo aspetto niente sarebbe più semplice del decidere, se una donazione di servitù, di dritto d'uso e d' abitazione dev'essere trascritta. Siccome questi dritti non sono suscettibili d' ipoteche, bisognerebbe dire con l'art. 2118 alla mano, che l'art. 939 non prescrive la trascrizione di questa sorte di donazioni.

Nulladimeno molti autori sostengono, ch'esse debbono essere trascritte (3), ed è stato giudicato, che un donatario non poteva dimandare in mancanza della trascrizione la separazione di questi dritti contra un creditore del donante, che procedeva ad un pegnoramento(4).

Si fa valere in questo sistema il pericolo delle frodi. Ma se il legislatore avesse voluto astringere tutte le donazioni immobiliari alla trascrizione, perchè non l' avrebbe detto? Perchè si è servito di una locuzione limitativa, e che non abbraccia tutti i beni mobili? Riportiamoci al lavoro d' elaborazione dell'art. 939 Che cosa si è inteso di fare? Sottomettere le donazioni alla trascrizione ne' casi, in cui la legge di brumaire anno 7 le soggettava. Ora gli artic. 26 e 6 di questa legge sono formali su' casi in cui la trascrizione era necessaria, e conducono ad un risultamento simile a quello, che risulta dalla combinazione dell' art. 939 con l' art. 2118 (5).

Per lo che a nostro avviso si escluderà il sistema della necessità assoluta della trascrizione, la quale verrà ristretta a' soli beni suscettibili d' ipoteca.

1164. Così saranno sottoposte alla trascrizione le donazioni di usufrutto, di enfiteusi, di azioni della banca immobilizzate (6) ecc.

1165. La quistione è più delicata relativamente alle donazioni delle azioni immobiliari, per esempio di un' azione di riscatto o di rescissione.

La ragione di dubitare è, che queste azioni non sono suscettibili d'ipoteche (7), ma danno il dritto d'ipotecare eventualmente l'immobile, che n' è l' obietto. Nè bisogna dippiù, dice benissimo il sig. Bayle e Moulliard, onde l' art. 939 sia loro applicabile (8).

1166. È lo stesso di una donazione di dritti successori (9), dappoichè in virtù della massima: « *Il morto impossessa il vivo* » gli eredi legittimi sono impossessati di pieno dritto dei beni del defunto, e quindi i dritti ad una successione sono de' veri dritti di proprietà su' beni immobili, che la compongono, e non una semplice azione per reclamarli. Per lo che la donazione di questi dritti costituisce una trasmessione reale della proprietà di quest' beni.

1167. Si debbono sottoporre alla trascrizione tutte le donazioni qualsivogliano di beni suscettibili d' ipoteche, anche quelle, che sono condizionali (10), anche quelle, che sono gravati di pesi (11), anche le donazioni rimuneratorie e quelle, che sono fatte per servigi e fondazioni (12).

1168. Nè potrebbero esentarsi dalla trascrizione le donazioni di beni presenti per contratto di matrimonio (13). È vero, che l' ordinanza del 1731 esentava dall' insinuazione quelle, ch' erano fatte per contratto di matrimonio in linea diretta(14),perchè venivano considerate meno come donazioni, che come degli offici di pietà e di un' indispensabile dovere. Si aggiungeva, che i contratti di matrimonio hanno una grande pubblicità, e che l' insinuazione su questo rapporto non vi poteva nulla aggiungere (15). Ma nè l'art. 939 nè alcun altro del Codice Napoleone ha ammessa tale esecuzione. Epperò non se ne può argomentare per introdurla nella giurisprudenza attuale.

1169. Le istituzioni contrattuali non sono delle donazioni propriamente dette. Comunque irrevocabili, provengono dal testamento e non trasferiscono la proprietà; perciocchè l'isti-

(1) Montpellier, 27 aprile 1840 (Dalloz, 40, 2, 211). Bayle-Mouillard, *luog. cit.*
(a) Art.
(2) Il mio comment. delle *Ipoteche* ni 398 e seg.
(3) Grenier, t. II, n. 162. Coin-Delisle, art. 939, n. 11.
(4) Riom, 24 maggio 1842 (Devill., 42, 2, 310).
(5) Bayle-Mouillard t. II, nota sul n. 162. Marcadè sull' art. 939 n. 4; Duranton, t. VIII, n. 504.
(6) Decreto de' 16 gennaio 1808, art. 7.
(7) Il mio comm. delle *Ipoteche*, n. 406.

(8) *Loc. cit.* sul n. 164 del t. II, del sig. Grenier. *Aggiungi* Duranton, *loc. cit.*
(9) Cassaz. 31 gennaio 1839. (Dalloz, 39, 1, 57).
(10) Duranton, t. VIII, n. 510-Delisle, n. 16.
(11) Ordin. del 1731, art. 20.
(12) Id.
(13) Ferrières sopra Parigi, art. 284, glossa 3, ni 35 e 43. Douai 16 febbraio 1846 (Devill., 46, 2, 319). Duranton, t. IX, n. 658. *Infra*, n. 2341.
(14) Art. 19.
(15) Furgole su quest' articolo.

Digitized by Google

tuente conserva il diritto di alienare i beni compresi nell'instituzione(1). Laonde la trascrizione non è richiesta più di quanto altra volta lo fosse l'insinuazione (2).

È lo stesso delle donazioni di beni presenti e futuri fatte per contratto di matrimonio, alle quali non è unito lo stato de' debiti, prescritto dall'art. 1084, perchè allora hanno un grande rapporto con l'instituzione contrattuale.

Ma quando lo stato de' debiti vi è annesso, siccome allora sono suscettibili di divisione in morte del donante, e che il donatario può scegliere in questo momento pe' beni presenti, la trascrizione è necessaria in quel, che concerne questi beni, affinchè il donatario possa opporre il suo titolo a' terzi acquirenti, a' quali il donante li avesse venduti in tutto o in parte, ed esercitare contra di essi l'azione rivocatoria. Essa è pure necessaria, onde possa sottrarre i detti beni dall'azione de' creditori posteriori alla donazione(3) Inquanto a' creditori esistenti in tempo della donazione, l'interesse è minore, perchè il donatario è espressamente tenuto a pagarli (Art. 1085). Se nondimeno uno di essi fosse stato omesso nello stato annesso, sarebbe ammesso a prevalersi della mancanza di trascrizione (4).

1170. Le donazioni tra coniugi fatte durante il matrimonio non sono soggette alla trascrizione, perchè sono essenzialmente rivocabili (5).

1171. Le sopravvivenze erano state dispensate dall'insinuazione dall'art. 21 dell'ordinanza del 1731. Nulladimeno questa esenzione non era assoluta, e si applicava soltanto alle sopravvivenze in uso nella località, e non a quelle straordinarie, stipulate al di fuori delle abitudini de' contratti di matrimonio. Quando queste sopravvivenze rientrarono nella classe de' patti ordinari, erano considerate meno come liberalità, che come clausole proprie a bilanciare i vantaggi reciproci, ed a stabilire delle giuste e favorevoli compensazioni. Epperò sottoporle all'insinuazione sarebbe stato un esporsi a distruggere lo spirito ed il legame essenziale di tutte le clausole di un contratto di matrimonio; sarebbe stato un creare dei rigori irreparabili(6). Del resto in questo senso la giurisprudenza si era pronunziata anche prima dell'ordinanza, come si può vederlo dagli arresti riferiti da Brodeau (7), da Ferrières (8). Vi si distinguevano i patti matrimoniali usuali ed ordinari dalle donazioni formali; i primi erano dispensati dalle formalità della insinuazione, le seconde vi erano sottoposte (9).

Questo punto di dritto era stato confermato e spiegato dalle lettere patenti de' 3 di luglio 1769. Così le donazioni di beni presenti in caso di sopravvivenza, uscendo dalla classe delle convenzioni matrimoniali, erano soggette all'insinuazione, ma non era lo stesso delle sopravvivenze anche straordinarie, che comprendevano i beni, che il donante avrebbe in tempo di sua morte, le quali erano solamente sottoposte ad un'insinuazione borsale dopo la morte del donante e senza influenza sulla loro validità (10).

Il Codice non ha ripetuto questa disposizione, e conseguentemente le donazioni per contratto di matrimonio, che contengono costituzione di sopravvivenza, sono di dritto sottoposte alla regola generale, e non debbono esserne esentate, ohe quando hanno (il che avviene sovente) il carattere di disposizione a causa di morte, o che invece di essere delle vere costituzioni di sopravvivenza e di meritare il titolo di donazioni, sono piuttosto dei patti di società.

Supponiamo, che una donna doni a suo marito in caso di sopravvivenza l'usufrutto di tale immobile determinato; malgrado la condizione di sopravvivenza non potrebbe dirsi esservi qui una donazione a causa di morte, ma vi è una donazione tra vivi sospesa da una condizione casuale. La donatrice è legata irrevocabilmente, nè può alienare la cosa in pregiudizio dell'usufrutto di suo marito. Costui ha un dritto acquisito, e la sua donazione avrà effetto a riguardo de' terzi, solamente se è trascritta (11).

Che se la donazione è fatta alla moglie sopravvivente dal marito, invece di essere fatta dalla moglie al marito sopravvivente, i principî sono assolutamente gli stessi; se non che la moglie avrà il vantaggio di un'ipoteca legale in virtù dell'articolo 2135 del Cod. Napoleone (12).

Questo però ha bisogno di essere spiegato.

La moglie come donataria non ha nulla da dimandare; il suo titolo è nullo; essa non ha l'azione rivocatoria contro i terzi acquirenti

(1) Furgole sull'art. 20 dell'Ordin. del 1731. Ferrières, *loc. cit.* n. 39. Pau, 2 gennaio 1827 (Devill., 8, 2, 304). Grenier n. 430. *Infra*, n. 2347 e seg.

(2) Lebrun, *Success.*, 3, 2, 16. Furgole sull'ord. del 1731, art. 20. *Contra*, Ricard, n. 1149, che così spesso si trova in errore.

(3) Grenier e Fremiaville, I. III, n. 437, in nota.

(4) Toullier, t. V, n. 863. *Infra*, n. 2404.

(5) Grenier n. 436. Duranton, n. 509. Coin-Delisle, n. 19.

(6) Preambolo della dichiarazione de' 23 di giugno 1729. Furgole sull'art. 21 dell'ordin. del 1731

(7) *Sopra Louet*, lett. *D*, somm. 64.

(8) *Sopra Parigi*, art. 184, gloss. 3, n. 47 *in fine*.

(9) Id.

(10) Bergier *su Ricard*, I. 1, p. 285, nota *A*.

(11) Devilleneuve 4, 2, 231. La materia è benissimo esposta nella nota, cui rinviamo. V. ancora Cassaz. 25 termidoro ann. XIII (Devill., 2, 1, 154). 9 settembre 1811 (Devill., 3, 1, 405) 10 marzo 1840 (Devill., 40, 1, 122). *Aggiungi* Merlin, Repert., v° *Lucri nuziali* e Proudhon, *usufrutto* n. 262. *Infra*, ni 2524 e 2532.

(12) Il mio comment. delle *Ipoteche*, t. II, n. 418 *Infra* n. 2525.

Digitized by Google

dell' immobile sottoposto all'usufrutto (1); non può presentarsi a titolo di donataria a' creditori anteriori o posteriori di suo marito (2); non può neppure fare valere la sua ipoteca legale sinchè la legge alla donazione, imperciocchè questa donazione, essendo invalida in se stessa, non potrebbe fare nascere un' azione ipotecaria efficace (3).

Ma la moglie può essere creditrice di suo marito per la mancanza di trascrizione; il che avviene a' termini dell' art. 942 del Cod. Napoleone, quando il marito è riconosciuto colpevole di negligenza nell' adempimento del mandato, che gli dà l'art. 940 di fare trascrivere la donazione. In simile caso la moglie ha per questo credito una ipoteca legale, la cui causa è nelle convenzioni matrimoniali, e che risale al giorno del matrimonio. Notate bene, che questa ipoteca non è un' accessorio della donazione, dapoichè non vi può essere un' accessorio, quando non vi è un principale, ma è un' ipoteca fondata sulla responsabilità del marito, e questo è differentissimo. Imperocchè se venisse ad essere provato, che il marito non è stato negligente, ch'è stato impedito da forza maggiore o altrimenti, in una parola, che non è in colpa, invano pretenderebbe la moglie un' ipoteca legale, perchè questa ipoteca non esiste di pieno dritto, ma è subordinata alla colpa provata del marito.

Che se questa colpa è provata, allora la moglie può agire contra i terzi detentori degli immobili diversi dagli altri, che sono obietto della donazione (4). Senza dubbio non avrà azione ipotecaria contro l' acquirente stesso dell' immobile donato. Ed in vero come potrebbe inquietarlo, se ella ha un'azione di regresso contra di suo marito precisamente perchè è spogliata da lui? Ma relativamente agli altri acquirenti l' ipoteca legale va necessariamente a cercarli, quando non hanno purgato.

Del pari la colpa del marito essendo provata, la moglie potrà con l' ajuto di questa ipoteca legale, di cui parliamo, dimandare la preferenza contra i creditori posteriori al suo contratto di matrimonio. Abbiamo veduto che come donataria non potrebbe opporre loro la sua donazione, ma come creditrice di suo marito, può loro opporre il suo titolo di credito e l' ipoteca, che vi è annessa.

Tali sono i principi, tali sono le loro conseguenze.

Nulladimeno veggo queste idee sconosciute in un arresto della Corte di Tolosa de' 7 di maggio 1829 (5), che nell' ipotesi di una donazione di beni presenti fatta al coniuge sopravvivente, decide, essere questo un lucro di sopravvivenza dispensato dalla trascrizione. Ma nulla nel Cod. Napoleone autorizza a rivenire senza distinzione al testo dell' ordinanza del 1731. Questo testo è ora senza valore, sinchè si tratta di una donazione, che ha un carattere irrevocabile, e che versa su di un bene presente.

L' arresto argomenta dall' art. 1092 del codice Napoleone (a) per tracciare una linea di demarcazione tra le donazioni pure e semplici per contratto di matrimonio e quelle, che sono soggette alla condizione di sopravvivenza, e per fare rivivere con ciò l' art. 21 dell' ordinanza del 1731. Ma non è possibile di fare sorgere dall' art. 1092 una tale conseguenza. Questo articolo non vuole dire altra cosa, se non che la condizione di sopravvivenza non è sottintesa di pieno dritto nelle donazioni dei beni presenti fatte per contratto di matrimonio, ma non dice, che le donazioni di beni presenti, modificate dalla condizione di sopravvivenza, saranno delle donazioni di beni presenti al di fuori del dritto comune; non lo dice, nè potrebbe dirlo senza urtare i principi, il buon senso, e l' opinione generale.

Ma quando una donazione fatta sotto condizione di sopravvivenza, ha piuttosto il carattere di una donazione a causa di morte, che il carattere di una donazione tra vivi, è dispensata dalla trascrizione, e nulla vieta allora di riferirsi all'articolo 21 dell'ordinanza del 1731. Tal è la donazione degli acquisti, che il donante lascerà in tempo della sua morte, e che per contratto di matrimonio assicura alla sua futura sposa in caso di sopravvivenza della stessa. Tal è la donazione della metà o del quarto dei suoi beni presenti e futuri nello stesso caso di sopravvivenza e senza stato annesso. Questo donazioni sono dei legati per contratto, conferiscono un titolo irrevocabile, ma lasciano libero il donante di acquistare o di non acquistare, libero di vendere, d' ipotecare ecc. ecc. Il donatario non ha nè investimento nè possesso, nè può fare verun atto conservatorio in vita del donante. La trascrizione non è stata imposta per delle simili disposizioni (6).

1172. In quanto alle donazioni nascoste sotto la forma di contratti onerosi, non vi ha bisogno di dire che ripugnano per la loro stessa costituzione alla necessità della trascrizione (7) e vi è da stupire, che sia stato insegnato il contrario (8).

(1) *Infra* nⁱ 1180, e 1186.
(2) Cassaz. 4 gennaio 1830 (Devill. 9, 1, 420).
(3) Cassaz. 10 marzo 1840 (Devill., 40, 1, 217) Angers (per rinvio) 10 marzo 1841 (Devill., 41, 2, 187).
(4) V. gli arresti di già citati.
(5) Dalloz, 30, 2, 262. Devilleu., 9, 2. 259. Palazzo, 21, 293.

(a) Art. 1047 delle Leg. civ. *Il traduttore.*
(6) Grenoble 12 gennaio 1818 (Devill., 4, 2, 231). Ma se vi fosse uno stato annesso ed ozione pe'beni presenti V. *sopra* n. 1169.
(7) *Sopra*, n. 1092.
(8) Coin Delisle, sull' art. 939 n. 17.

Digitized by Google

ARTICOLO 940 — (864).

Questa trascrizione sarà fatta a diligenza del marito, quando i beni saranno stati donati a sua moglie; e se il marito non adempie questa formalità, la moglie vi potrà farvi procedere senza sua autorizzazione.

Quando la donazione sarà fatta a de' minori, a degl' interdetti, a degli stabilimenti pubblici, la trascrizione sarà fatta a diligenza de' tutori, curatori, ed amministratori (a).

SOMMARIO

COMENTARIO

1173. Il nostro articolo mette in evidenza una prima verità, cioè che spetta al donatario di fare la trascrizione, perocchè è nel suo interesse, e lo riguarda esclusivamente. Epperò la cura di questa formalità riposa su di lui.

1174. Ma sovente delle donazioni sono fatte a delle persone, che non hanno tutta la pienezza della capacità necessaria per vegliare sui loro dritti. L' art. 940 viene in loro soccorso ed incarica espressamente i loro mandatari legali di procurare l' adempimento di una formalità, che ha dei sì grandi risultamenti. Il marito adunque farà eseguire la trascrizione per sua moglie, il tutore pel suo pupillo o per l' interdetto, l' amministratore per lo stabilimento pubblico (1).

1175. E siccome la trascrizione è un atto puramente materiale, ne siegue, che se questi mandatari ed amministratori vi mettessero della negligenza, nulla vieterebbe, che la trascrizione, la quale ripetiamo non essere un atto di consenso, ma un semplice atto di pubblicità, venisse fatta dalla stessa moglie o dal minore. L' articolo 940 non si spiega relativamente a quest' ultimo, come per lo fa per la moglie, ma questa facoltà sembra risultare dal principio, che vuole, che ogni minore può rendere migliore la propria condizione. D' altronde si possono consultare gli art. 2139 e 2194 (b) che nel permettere ai minori di prendere l' iscrizione in mancanza dei loro rappresentanti, danno pel caso nostro una decisiva analogia(2).

ARTICOLO 941 — (865).

La mancanza di trascrizione potrà essere opposta da tutte le persone interessate, eccettuate quelle, che sono incaricate di far eseguire la trascrizione, o i loro aventi causa, o il donante (c).

SOMMARIO

(a) Corrisponde a quest' articolo 864 delle Leg. Civ. *Il traduttore.*

(1) *Infra*, n. 1189.

(b) Articoli 2026 e 2094 delle Leggi civili. *Il trad.*

(2) V. *Sopra*, art. 910.

(c) Corrisponde a quest'articolo l'art. 865 delle Leg. civ. così concepito: « Potrà opporsi la mancanza di trascrizione da qualunque persona interessata, eccettuati però coloro, che hanno l' obbligo di farla eseguire, o che hanno causa da essi, ed eccettuato pure il donatore e gli eredi di lui. » *Il traduttore.*

Digitized by Google

COMENTARIO

1176. Arrivinmo alla sanzione dell'art. 939. Il legislatore precisa nell'art. 941 quali sono le conseguenze della mancanza di trascrizione, e quali sono le persone, che possono prevalersene contro il donatario negligente.

L'art. 941 è stato l'obietto di molte controversie. La sua grande somiglianza con l'articolo 27 dell'ordinanza del 1731 relativo alla mancanza d'insinuazione ha fatto sì, che molti giureconsulti hanno pensato, che dovesse avere la stessa latitudine. E siccome questa disposizione dell'ordinanza del 1731 dice, che la mancanza d'insinuazione può essere opposta anche dagli eredi del donante, si è supposto per analogia, che l'art. 941 dovesse essere ugualmente applicabile allo stesso caso, e che si dovessero porre gli eredi del donante nella classe delle persone, che hanno interesse ad opporre la mancanza di trascrizione; tantochè il codice non eccettua nel nostro articolo, che le persone incaricate di far eseguire la trascrizione, i loro aventi causa, ed il donante, e che la parola *avente causa* non è ripetuta (a) dopo la parola *donante* (1) (b).

1177. Diciamo immediatamente, essere ora questa opinione universalmente condannata (2).

Il donante non potendo opporre la mancanza di trascrizione, porta al suo seguito i suoi eredi. Gli eredi del donante avendo un titolo puramente gratuito, non possono eccepire un'interesse reale: *certant de lucro captando*; manca in loro un interesse leso, uno di quegl'interessi distinti da quello del donante, e che sono per se stessi una causa ed un dritto o parte (3).

Risaliamo d'altronde, al principio della legge.

Quando si applica la trascrizione alle donazioni, si prende tale quale era regolato dalla legge degli 11 brumaire anno 7. Il che risulta molto energicamente dalla discussione del consiglio di Stato. Ora questa legge aveva solamente in vista i creditori ed i terzi acquirenti a titolo oneroso. Non tendeva in verun modo a favorire gli eredi del donante o altri, che avessero acquistato da lui a titolo gratuito, perciocchè lo rappresentano, nè possono fare più di lui. Non sono eglino responsabili dei suoi fatti? Sono forse nel numero di coloro, che hanno trattato con lui, e che sono stati ingannati per l'ignoranza di ciò, che si è potuto fare?

Precisamente perchè la legge degli 11 brumaire anno 7 non permetteva agli eredi di farsi un'eccezione della mancanza di trascrizione, il signor Tronchet, come più sopra abbiamo veduto, desiderava l'insinuazione, che conferivo loro un tal dritto (4). Anche il signor Jaubert, tribuno, nel suo rapporto al tribunato diceva, che nell'intenzione dell'art. 941 il donante, i donatari posteriori, i cessionari, gli eredi del donante erano esclusi dal dritto di prevalersi della mancanza di trascrizione (5).

Ciò stabilito è chiaro, che i creditori dello erede del donante non hanno più azione di lui per prevalersi della mancanza di trascrizione (6).

1178. I legatari del donante non sono neanche in una migliore condizione. Se nel concorso di due titoli si è creduto di doversi accordare un privilegio agli acquirenti ed ai creditori, *quia certant de damno vitando*, non si è disteso questo favore sino ai legatari, *qui certant de lucro captando* (7) (argomento degli art. 1020, 1021, 1070, 1072, del codice Napoleone (c)). Mai la legge di brumaire anno 7 ha avuto in mira l'interesse dei legatari, quando ha prescritto la trascrizione.

1179. Un secondo donatario non potrebbe più di un legatario opporre al primo donatario la mancanza di trascrizione. Il signor Jaubert lo dichiarava in un modo espresso nel passo, qui sopra citato e le ragioni sono assolutamente le stesse. Poco importa, che il secondo

(a) Il testo dice *rejeté*, ma dev'essere un errore tipografico. *Il traduttore.*

(1) Grenier t. II, n. 167, in una dissertazione piena di confusione.

(b) Abbiamo più sopra trascritto l'art. 865 delle nostre leggi civ., e si è veduto, che dopo la parola *donante* si legge « *e gli eredi lui.* »

Avendo la legge espressamente parlato de' soli eredi, se ne conchiuderà forse, non doversi dire lo stesso dei suoi aventi causa a titolo lucrativo? A noi non pare, perchè esiste identicamente la stessa ragione della legge, e perchè gli aventi causa a titolo lucrativo anche meno degli eredi potrebbero avere più dritti del donante. *Il traduttore.*

(2) Zachariae, t. V, p. 321. Merlin, Repert., v° *Donazione*, sez. 6, § 3. Tolosa 27 marzo 1808 (Devill., 2, 2, 369). Angers, 8 aprile 1808 (*ibid.*, 375). Colmar, 13 dicembre 1808 (*ibid.*, 447). Montpellier, 18 gennaio 1809 (Devill., 3, 2, 8). Tolose 11 aprile 1809 (*ibid.*, 49). Limoges 10 gennaio 1810 (*ibid.*, 182). Cassaz., 12 decembre 1810, (*ibid.*, 271), e 17 aprile 1811 (*ibid.*, 1, 324).

(3) *Infra*, n. 2290.

(4) *Sopra*, n. 1151.

(5) Fenet, t. XII, p. 597.

(6) Parigi, 21 novembre 1840 (Devill., 41, 2, 41).

(7) Agen, 8 novembre 1822 (Devill., 7, 2, 125), in una specie, ove si trattava di un legatario universale. Caen, 27 gennaio 1813 (Devill., 4, 2, 248) in una specie, ove si trattava di un legato particolare.

(c) Articoli 1094, 975, 1026, e 1028 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

donatario abbia fatto trascrivere, mentre il primo se ne sarà astenuto. La legge non prende partito tra queste persone, che si disputano un lucro; le lascia sotto l'impero del dritto comune, sotto l'influenza della massima *potior tempore, potior jure* (1). Eglino non sono di coloro, che per una convenzione consentita col donante, sono stati feriti in uno dei loro interessi, e sono vittima di un errore (2).

1180. Da ciò siegue, che il mezzo ricavato dalla mancanza di trascrizione, sfuggendo al donante ed a tutti coloro, che tengono da lui a titolo gratuito, è solamente aperto a coloro, che hanno trattato col donante a titolo oneroso, come sono gli acquirenti ed i creditori.

Parliamo prima degli acquirenti.

Sinchè la donazione non è stata trascritta, il terzo, che ha acquistato dal donante i beni donati la vinca sul donatario e l'art. 941 gli conferisce il dritto di opporre la mancanza di trascrizione (3). Lascio da parte una dissertazione del Toullier, che tende ad allontanarsi da queste nozioni, e sarebbe da mia parte una inutile polemica, perciocchè la dissertazione del signor Toullier appartiene alla scienza di vecchia data.

1181. Anche quando l'acquirente avesse avuto conoscenza della donazione, quando ha contrattato, sarebbe sempre ammesso ad opporre la mancanza di trascrizione (4). Ed in effetti dessa è una formalità estrinseca, necessaria, onde la donazione sia valida relativamente a terzi. Non può essere supplita dalla conoscenza accidentale, acquistata fuori l'adempimento delle formalità legali. L'art. 1071 del codice Napoleone(a) offre qui un argomento decisivo (5).

Invano si direbbe, che l'acquirente è di cattiva fede, imperocchè gli è ben permesso di supporre, non avere voluto il donatario profittare d'una donazione non trascritta, o per lo meno non essere dessa seria (6).

1182. Si può pure considerare come terzo, che ha interesse di opporre la mancanza di trascrizione, l'acquirente di un immobile diverso dall'immobile donato, se questo acquirente fosse inquietato nel suo possesso dall'azione del donatario, che avendo un'ipoteca legale, volesse farla valere contro di lui (7). Supponiamo una moglie, alla quale suo marito ha fatto una donazione d'immobile per contratto di matrimonio, senzachè questa donazione sia stata trascritta. La moglie non può avere ipoteca legale per questa donazione, perchè è senza valore.

Nonpertanto se avviene, che il marito sia in colpa di non aver fatta trascrivere la donazione, sarà passibile di un regresso, e questo regresso darà alla moglie un'ipoteca legale a contare dal matrimonio. Or è certo, che questa ipoteca potrà farsi valere contro i terzi acquirenti, che non hanno purgato (8). Solamente il terzo potrà opporre le eccezioni, che possono ostacolare il cammino dell'azione ipotecaria (9); potrà ancora contraddire il principio dell'ipoteca, e provare essere il marito esente da ogni colpa.

1183. Passiamo ai creditori del donante.

È ora certo, che la mancanza di trascrizione può essere opposta non solamente dai creditori inscritti, ma anche da quelli non inscritti, e non solamente dai creditori ipotecari, ma anche dai creditori semplici chirografari, ed anche dai creditori mobiliari (10).

Contra di questa giurisprudenza si oppone essere la trascrizione, prescritta dal nostro articolo, la stessa trascrizione dell'anno 7.°, e che nel sistema della legge dall'anno 7, la mancanza di trascrizione poteva essere opposta soltanto da coloro, che avevano acquistato un dritto reale sull'immobile primachè essa venisse fatta (11).

Vi è del vero in questa obiezione; solamente tiene troppo conto della legge dell'anno 7, e non quanto è duopo dell'art. 941 del codice Napoleone, che ha pure la sua virtù propria e la sua autorità. Ed in effetti come si possono escludere i creditori chirografari dal numero di coloro, che hanno interesse? Come si potrà essere persuaso, che la pubblicità della donazione è per essi una pubblicità inutile e senza influenza? Epperò non è permesso di togliere loro il benefizio del testo dell'art. 941, che qui si sostiene per lo spirito del legislatore, il cui pensiero è stato di fare dipendere il credito del donante per rispetto ai terzi dalla pubblicità della donazione.

(1) Nimes 1° decembre 1826 (Dalloz, 27, 2, 73). Montpellier 2 giugno 1831 (Devill., 31, 2, 325). Tolosa 8 maggio 1847 (Devill., 47, 2, 458).

(2) *Infra*, n. 2290.

(3) Cassaz., 10 aprile 1815 (Dalloz, 5, 567). Montpellier 28 febbraio 1821 (Devill., 6, 2, 372) Poitiers, 4 maggio 1825 (Dalloz. 25, 2, 252). Il mio comm. delle *Ipoteche* n. 904.

(4) Caen, 28 decembre 1835 (Devill., 48, 2, 735). Grenoble 14 luglio 1824 (Devill., 7, 2, 407). Limoges, 16 maggio 1839 (Devill., 40, 2, 14). Montpellier, 9 marzo 1843 (Devill., 44, 2, 187). Zachariae, t. V, § 704, nota 32.

(a) Art. 1027 delle Leggi civ. *Il traduttore.*

(5) *Infra*, n. 2288.

(6) Ricard, p. 1, ni 1183 e seg.

(7) Cassaz. 10 marzo 1840 (Devill., 40, 1, 217, 218). Angers, 10 marzo 1741 (Devill., 41, 2, 187).

(8) Id., e *sopra* n. 1171.

(9) Arresto d'Angers precitato.

(10) Creditori inscritti, Cassaz., 4 giugno 1830. *Sopra*, n. 1171. Bordeaux, 10 agosto 1843 (Devill., 44, 2, 562). Grenoble, 16 dicembre 1844 (Devill., 45, 2, 346. Creditori chirografari Cassaz. 7 aprile 1841 (Devill., 41, 1, 393). Limoges, 9 marzo 1843 (Devill., 44, 2, 64). Nancy, 18 giugno 1838 (Dalloz, 39, 2, 18) sig. Esnault, t. I, n. 194; Duranton, t. VIII, n. 517; Zachariae, t. V, p. 333, nota 26.

(11) Agen, 17 decembre 1824 (Devill., 7, 2, 462). Poitiers, 4 maggio 1825 Devill., 8, 2, 70). Bordeaux, 2 giugno 1827 (Devill., 9, 1, 420). Cassaz. 4 gen. 1830.

Si dirà forse, che i creditori chirografari del donante sono suoi aventi causa, e che a tal titolo debbono essere esclusi? Codesta ragione sarebbe vana, dapoichè eglino non debbono subire la responsabilità dei suoi propri fatti; non sono gravati delle sue obbligazioni; hanno pure degl' interessi contrari ai suoi, e debbono potersi garantire dalle conseguenze di un'omissione, che li ferisce (a).

1184. Non vi è neppure da distinguere, se i creditori sono posteriori o anteriori alla donazione (1). Se i creditori sono anteriori, hanno il dritto di dire, che in quanto li concerne, il loro pegno non è stato diminuito da una donazione incompleta. Se sono posteriori (2), hanno il dritto di dire, che non hanno dovuto considerare come serie delle liberalità, che relativamente a loro non si sono realizzate nei termini della legge.

1185. Il nostro articolo non vuole, che il difetto di trascrizione possa essere opposto da coloro, che sono incaricati di fare eseguire questa trascrizione, dapoichè niuno deve farsi un titolo della sua negligenza o del suo dolo. Tale era pure la disposizione dell' ordinanza del 1731 in ciocchè concerne l' insinuazione. Si è veduto nell' art. 940 quali persone sono incaricate di far eseguire la trascrizione.

1186. Gli aventi causa da colui, che è incaricato di far eseguire la trascrizione, non sono di migliore condizione di lui. Il nostro articolo lo dà chiara espressamente, e nell'escludere gli aventi causa di questa persona, esclude i suoi successori universali e particolari, dapoichè la parola avente causa è presa dallo art 941 nel più largo senso (3).

1187. Ciò è semplice in se e facile a concepirsi, ma la pratica ha fatto nascere una complicazione, che ha gettato dell' esitazione nella giurisprudenza e del turbamento negli animi. Per esempio: Tizio dona a Sempronia, sua moglie, un' immobile. Incaricato di procurare la trascrizione in conformità dell' art. 940 del codice Napoleone, la trascura. Indi vende a Terzio la cosa donata. Terzio essendo suo avente causa, avrà maggior diritto di quanto egli stesso ne aveva? (4)

La situazione è complessa. Se Terzio è avente causa del marito incaricato della trascrizione, ciocchè l' esclude, è ancora l' avente causa di questo stesso marito, considerato come donante, ciocchè sembra doverlo fare ammettere. Ora l' azione di Terzio come terzo sarà paralizzata dall' eccezione risultante dalla sua qualità di rappresentante della persona incaricata della trascrizione? L' eccezione sarà più forte dell' azione?

La giurisprudenza è variata su questa quistione. La corte di cassazione dopo di avere fatto trionfare l' eccezione (5), ha finito per fare trionfare l' azione ed ha considerato l' acquirente piuttosto come terzo che come avente causa (6). Pensiamo, che il credito pubblico si accomoda meglio di questa seconda soluzione (b) (7).

1188. Ora potrà farsi la seguente quistione: Perchè l' art 941 esclude tutti gli aventi causa di colui, che è incaricato di fare la trascrizione? Perchè non esclude gli acquirenti ed i creditori del donante, che sono suoi aventi causa? La risposta è facile. La pubblicità della donazione è stata introdotta nell' interesse stesso di coloro che hanno contrattato col donante. Il favore di queste persone l' ha fatta introdurre, e quindi eglino debbono prevalersene.

Non è lo stesso degli aventi causa di colui, che era incaricato di fare la trascrizione. La legge non ha portato su di loro il suo favore, nè ha stipulato per essi, onde li lascia sotto l' impero della regola; *Plerumque emptoris eadem causa esse debet, circa petendum et defendendum, quae fuit auctoris* (8).

Articolo 942 — (866).

I minori, gl' interdetti, le donne maritate non saranno restituite contro la mancanza di trascrizione delle donazioni, salvo il loro ricorso contro i tutori od i mariti, se vi è luogo, e senzachè la restituzione possa ammettersi neppure ne' casi, in cui i detti tutori e mariti si trovassero insolvibili (c).

(a) Pare, che si possa aggiungere, che gli aventi causa del donante a titolo oneroso possono opporre la mancanza di trascrizione. I compratori, i creditori ipotecari sono le persone più direttamente interessate a profittare della omessione di quella formalità.
Il traduttore.

(1) Grenier, *Ipoteche.*, t. II, n. 360. Coen Delisle, n° 9 e seg.

(2) Nancy *loc. cit.*

(3) Il mio comment. delle *Ipoteche*, n. 530.

(4) Merlin v° *Donazione*, sez. 6, § 3. Il mio comm. delle *Ipoteche*, n. 529.

(5) Cassaz. 4 giugno 1823 (Dalloz, 10, 660. Devill., 7, 1, 260). Angers, 31 marzo 1830 (Dalloz, 30, 2, 180). Merlin, Quest. di dritto, v° *Trascrizione* § 6, n. 5.

(6) Arresto del 4 gennaio 1830 (Dalloz, 30, 1, 50) ed un altro de' 10 marzo 1840 (Devill., 1, 217).

(b) Ed invero il marito rappresenta una doppia persona, quella di venditore e quella di marito. Ora il compratore è suo avente causa nella prima e non nella seconda qualità. Egli ha comprato da lui senza brigarsi, se fosse o pur no marito; in questa seconda qualità niuna contrattazione ha fatto con lui, e quindi non è suo avente causa. *Il traduttore.*

(7) *Contra*, Bayle-Mouillard t. II, p. 72 e s. *Sopra*, n. 1171.

(8) L. 156, § 3, D., *De reg. juris.* L. 175, § 1, D., *De reg. juris.* Il mio comm. delle *Ipoteche*, n. 529.

(c) A questo articolo corrisponde esattamente l' art. 865 delle Leg. civ. *Il traduttore.*

Digitized by Google

SOMMARIO

1189. La disposizione dell' articolo 942 è presa ad impronto dall' art. 32 dell' ordinanza del 1731.
1190. Gl' incapaci, di cui si tratta, potranno ricorrere, se vi è luogo, contra i loro mandatari legali.
1191. Rinvio.
1192. L' insolvibilità del tutore o del marito non darà al minore od alla moglie il dritto di farsi restituire contro la mancanza di accettazione.

COMENTARIO

1189. Questo articolo è preso in impronto dall' ordinanza del 1731, che col suo articolo 32 (1) aveva deciso, che i minori, gl' interdetti, e le donne maritate non sarebbero restituite contra il difetto di accettazione o d'iosinuazione. Tale era pure la giurisprudenza del parlamento di Parigi (2) e del parlamento di Normandia (3).

Taluni testi del dritto romano gettavano del dubbio su queste soluzioni (4). Ma i principi generali gli spiegavano di una maniera semplice e logica. Le donazioni fatte ai minori non sono eccettuate dalla regola, che vuole una accettazione e dippiù la trascrizione. Il perchè non è possibile di fare valere degli atti, che mancano di queste condizioni essenziali e di opporli a dei terzi, che hanno contrattato di buona fede. Per quanto favorevoli siano i minori, lo sono qui meno di coloro, cha hanno per loro la legge e dei contratti validi.

1190. Ma gl' incapaci, di cui è quistione nel nostro articolo, avranno un ricorso, se vi è luogo, contro il tutore o il marito. Noi diciamo col nostro articolo, se vi è luogo, perchè questo ricorso dipende dalle circostanze, e che conviene di non accordarlo, se non quando vi è una colpa valutabile (5).

In quest' ultimo caso la moglie ha contro il marito in colpa una ipoteca legale, che procede dal suo contratto di matrimonio, a che può esercitarsi come lo abbiamo detto nel n. 1171. Per certo non eserciterà la sua azione ipotecaria contro dei terzi come donataria, ma come creditrice per effetto delle negligenze di suo marito.

Il minore ha pure una ipoteca legale sui beni del tutore nei termini dell' art. 2135 del codice Napoleone, e questa ipoteca nata dal fatto della gestione, prende data dal giorno dell'accettazione della tutela.

1191. Si domanda se il padre tutore e donante è garante della nullità della donazione, quando non ha badato all' accettazione o alla trascrizione. Abbiamo decisa questa quistione *supra* (6) per l'affermativa, ed abbiamo spiegato che l'azione di garantia si risolve in una impossibilità pel donante di fare valere la nullità.

1192. Se il marito ed il tutore sono insolvibili, i minori non saranno per questo rilevati dalla nullità per rispetto ai terzi, che hanno dritto di prevalersene (7). La donazione è annullata senza risorsa, e l' inefficacia del ricorso riserbato all' incapace non è una ragione di rendere la vita ad un atto nienteato.

Articolo 943 — (867).

La donazione tra vivi non potrà comprendere, che i beni presenti del donante; se comprende i beni futuri, sarà nulla in quanto a questi (a).

SOMMARIO

1193. Dell' ordine d' idee, nel quale entrano l' art. 943 ed i seguenti. Della regola *donare e ritenere non vale* e delle sue conseguenze. Come essa è il principio della proibizione di donare i beni futuri.
1194. Della donazione de' beni presenti e futuri nel dritto romano.
1195. *Quid* ne' paesi consuetudinari? — Malgrado qualche dissidenza l'opinione la condannava come incompatibile con la regola; *donare e ritenere non vale*. L' ordinanza del 1731 la condannò senza permettere di dividere i beni presenti da' beni futuri.
1196. Vi era soltanto eccezione a favore de' contratti di matrimonio, ne' quali la donazione de' beni futuri era permessa.
1197. Il Codice nel proibire la donazione de' beni futuri, ammette la divisione nel caso di una donazione di beni presenti o futuri.
1198. Ammette la stessa eccezione dell' ordinanza del

(1) Furgole su quest' articolo.
(2) Ferrières *sopra Parigi*, art. 284, glosso 2, § 1, n. 27, Ricard, part. 1, cap. 4, sez. 3, glosse 3.
(3) Basnage *su Normandie*, art. 448.
(4) L. 17, C., *De donat. ante nuptias*. L. 7, § 6, e 44, D., *De minoribus*.
(5) Furgole sull' art. 14 dell' ordin. del 1731, p. 119.
(6) N. 1155.
(7) Ricard, p. 1, n. 1175, art. 14 e 32 dell' ord. del 1731.
(a) Uniforme a quest' articolo è l' art. 867 delle Leg. civili. *Il traduttore*.

COMENTARIO

1193. Il nostro articolo eotra io un nuovo ordine d'idee: comincia l'esposizione delle conseguenze legate al priocipio della irrevocabilità delle donnzioni. Perveonti al puoto, io cui siamo, il codice trova inoanzi a lui la famosa massima del dritto coosuetudioario «*donare e ritenere non vale*» così spesso ripetuta negli statuti locali e nelle opere di giurisprudenza, e che d'Argentrè chiamava un proverbio giuridico (1). Il Codice oon la formola, come lo faceva per esempio la consuetudine di Parigi (2), ma la tiene per una di quelle regole essenziali, che sono taoto più forti, che oon hanoo bisogoo di essere scritte. Si limita a seguirla oelle sue applicazioni più apparenti e ne' suoi effetti più caratteristici.

Dei giureconsulti anteriori al codice (3) l'hanno legata al dritto romaoo per la legge 167 *de regulis juris*, che dice: «*Non videntur data quae eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt.*» E vi è del vero in questo ravvicinamento. Le precauzioni prese prima di Giustiniaoo per prevenire le eccessive profusioni e le improvvide liberalità (4) sooo sembrate così oecessarie nel dritto francese come nel dritto Teodosiano. In Francia si teneva la conservazione dei beoi patrimoniali delle famiglie, sicchè si volle, come dice Delaurière; «Che i donanti cooosceodo le perdite, che vaooo a fare, fossero meno facili a spogliarsi (5)».

D'onde una seguela di regole aveoti per obietto di forzare il donaute a noo eotrare oella dooazione, che con uo pensiero di completo spossessameoto, e di torgli ogoi mezzo di soddisfare dei tardi pentimenti. Tutte le quali regole si riassumooo in una sola più generale: «*donare e ritenere non vale*»; ed essa ha ispirato gli articoli 943, 944, 945, 946, 947, e 948 (a).

Ma per qual modo il divieto di donare i beni futuri procede dalla regola, *donare e ritenere non vale?*

Auroux ce lo spiegherà (6): «La ragione è, che relativameote ai beni futuri il dooante non può faroe la tradizione nè reale oè finta, e che avendo la libertà di acquistare o di non acquistare, ed aveodo acquistato, di veodere, o coosumare altrimenti io dubiti gli acquisti, che ha fatto, è libero di rendere del tutto inutile la dooazione; il che è assolutameote opposto ai principî delle donazioni tra vivi, che debbono essere irrevocabili, e composte di cose certe, delle quali si possa fare la tradizione.»

Tutte queste ragioni oon convengono al sistema del codice Napoleone, che non esige la tradizione oella donazione tra vivi (7), ma quelle che sono ricavate dal potere, che il donante conserva sull'eveotualità dei beni futuri, hanno no' autorità attuale, e sono sembrate decisive al nostro articolo.

Prima però di andare più oltre deliniamo i precedenti della giurisprudenza sulla donazione de' beni futuri. Vi sono state delle vicessitudini, ch'è utile di conoscere e delle divergenze, che bisogoa constatore.

1194. Quando il dritto romano in una delle sue più rimarchevoli fasi esigeva la tradizione, per rendere perfetta la donazione, i beoi futuri non vi potevano entrare, perchè oon si può fare tradizione di quello, che non esiste (8). Qui si trova l'influenza della tradizione, ed uno dei motivi rilevati da Auroux oel nostro antico dritto francese.

Ma dopochè Giustioiano ebbe stabilito, es-

(1) Su *Brettagna* art. 226, glos. 1, n. 1. *Parisienses*, «*apud quos illud in proverbio est*, dooare, e riteuore noo vale.»

(2) Art. 273. V. pure Auxerre, 217. Berry, tit. 7, art. 1. Blois, art. 169. Borbooese art. 212. Orleans art. 284, ecc. Il commeotario di Ferrières sull'art. 273 della Consuetudine di Parigi oe dà la longa lista.

(3) Ferrières *su Parigi*, art. 273.

(4) «*Ne improvvida profusione quidam bonis suis evolverentur.*» Gotofredo sulla l. 4, C. Theod., *De donat.*

(5) Su Loisel. 4, 4, 3.

(a) Corrispondenti agli articoli 867, 868, 869, 870, 871, 872 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(6) Sul *Borbonese* art. 210, o. 1.

(7) *Sopra*, n. 1140.

(8) «Al si doоatio perficiatur traditiooe corporali, ut voluit Coostaotious, et veteres voluerunt, ut usus magis probal, evidentissimum est noo consistere rerum futurarum doоationem, quia rerum, quae nondum sunt, oulla fieri potest traditio.» (*Cujac.*, *Ad leg.* 35, *C.*, *De donat.*) Furgole, ort. 15, ordinanza del 1731. Ottomano, disput. 8, 32. J. Gotofredo dice benissimo sulla legge 4 del Cod. Tood., *De donat.* «*Ac ratione omnium bonorum donatio non valebat.... quod summam habet rationem... ne quis stulte insipienter, inconsulte bona sua, eorum nescius forte, donaret.*»

Digitized by Google

sere le donazioni perfette col nudo consenso e senza alcuna specie di tradizione presente, i beni futuri potettero essere donati tra vivi come i beni presenti, perocchè si può stipulare non solo sulle cose presenti, ma anche sulle cose, che concernono l'avvenire (1). Perchè in questo ordine d' idee sarebbe stato meno permesso di donare i suoi beni futuri, che d' ipotecare i suoi beni futuri? Così è certo, che le donazioni dei beni presenti e futuri erano permesse dall'ultimo stato del dritto romano (2). Ciocchè è espresso dai testi del codice Giustinianeo, ove si vede, che si può donare il suo patrimonio, tutti i suoi beni, la sua sostanza, tutte le sue facoltà (3).

Nulladimeno la più parte degli interpreti non ammettono questa opinione, che con questa restrizione, cioè che la donazione era nulla, se era talmente universale, da togliere al donante la libertà di disporre per testamento, imperocchè le leggi vedevano con pena, che una persona si sottoponesse all' ignominiosa obbligazione (secondo i pregiudizi dei Romani) di morire *intestata*. Quando la donazione è universale, toglie al donante la facoltà di avere un erede, poichè niuno vuole prendere la successione di un uomo, che non ha lasciato alcun bene. « *Recusantibus scriptis heredibus pro « nullo aut minimo loco hereditates adi- « re* (4). » Sotto di un altro rapporto si può dire, che la donazione di tutti i beni presenti e futuri non è di un uomo sensato, perciocchè solo un prodigo può spogliarsi così irrevocabilmente ed universalmente (5). Il perchè eminenti dottori pensavano, che il donante doveva per lo meno riserbarsi la vigesima parte dei suoi beni per disporne per testamento (6). Si trovano delle tracce di questa idea nella giurisprudenza del parlamento di Tolosa (7).

1195. Il sistema non era lo stesso nella Francia consuetudinaria.

Vi si teneva alla tradizione; vi si osservava con rigore la massima: *donare e ritenere non vale*. È da queste cose si ricavavano] delle conseguenze tanto più severe contro le donazioni dei beni futuri, che in generale si era poco favorevole alle donazioni in se stesse e sopratutto alle donazioni dei beni presenti, e futuri, che non venivano considerate come un' opera di saviezza (8).

« Chi dona il suo prima di morire,
« Bentosto si appresta a molto soffrire (9).

Il che faceva dire a Delaurière: « Le donazioni « sono di dritto stretto, pregiudizievoli alle « famiglie. e per questa ragione non si dà loro « dell' estensione (10).

Movendo da questo ordine d' idee i giureconsulti avevano analizzato con uno spirito di rigore gli elementi, di cui si compongono le donazioni dei beni presenti e futuri, ed in generale le tenevano per nulle (11). Si pensava, che ripugnassero alla natura delle donazioni tra vivi, alla necessità della tradizione, e sopratutto alla massima *donare e ritenere non vale*. Perocchè l' irrevocabilità, che è una condizione vitale della tradizione, sembrava potersi conciliare difficilmente con un contratto, che non contiene in difinitivo, che un avvenimento incerto, e che, per servirmi delle espressioni di Lebrun, non intende donare se non *gli emolumenti in tempo della morte* (12); di sortechè il donante conservava con ciò la facoltà di aumentare o diminuire i suoi beni, di venderli, gravarli, ipotecarli (13).

Ecco il riassunto delle idee che erano prevolute malgrado Lebrun (14), Argou (15) e qualche altra consuetudine (16). Il signor di Lamoignon aveva condannato le donazioni dei beni presenti e futuri a causa della loro incertezza (17); ed i numerosi arresti renduti su questa materia, in generale non avevano man-

(1) L. 73, D., *De verb. oblig.*
(2) Delaurière, Inst. consuet. cap. 4, n. 8, p. 140. Ferrières *sopra Parigi* art. 272, gloss. 2, n. 43 e seg.
(3) L. 14, C., De sacrosanctis ecclesiis. L. 5, C. *De inoff. donat.* L. 8. c. *de revoc. donat.* L. 35, §§ 4 e 5, C. *De donat.*
(4) Giustiniano, Instit., t. *De leg. falcid.*
(5) L. 6, D., *De verbor. obligat.* L. 1, D. *De curat. furios.* Ferrières *loc. cit.* n. 48. D' Argentré *su Brettagna*, art. 218, gloss. 5, n. 3. Furgole sull' ort. 13 dell' ord. del 1731, p. 124.
(6) V. Coquille *sul Nivernese*, t. *Delle donaz.* art. 4, Ricard, Donaz., p. 1, n. 979 a seg. Furgole su l' art. 15 dell' ord. del 1731, p. 123, 124. Delaurière *su Loisel*, 4, 5, 14. Ferrières *loc. cit.* n. 50.
Bartolo aveva fortemente sostenuta questa opinione sulla legge. *Stipulatio hoc modo concepta*, D., *De verbor. obligat.* Essa era seguita dalla maggior parte dei giureconsulti dell' antica scuola, ma però non mancava di contradittori, nel numero de' quali si possono contare Baldo, Saliceti, Angelo, e sopra tutti Alciato; ma in giurisprudenza teneva per la nullità, come si può assicurarsene in Socino t. 1, cons. 143, n. 20; Sordo, cons. 450, t. III, p. 772, e 56 e seg. Covarruvias, lib. 3, *Var. resolut*, cap. 12; Fachineo, controv. 87, 40, 6, ecc.

Cujacio capo della scuola moderna insegnava per contrario, che per regola la donazione de' beni presenti e futuri, fatta senza riserva, non toglieva la facoltà di testare, perchè un' eredità essendo *nomen juris*, il più povero individuo poteva fare un testamento (sulla legge 35, C., *De donat.*). Tal' era l' opinione di Zoezio sul Digesto, *De Donat*, n. 28. di Voet ad Pand., *De Donat.*, n. 10, e del Presidente Fabro, *De error. pragm.*, decad. 48, error. 6.
Nulladimeno quest'ultimo autore riferisce nel suo Codice una decisione, che prova, che l'antica opinione era seguita nel Senato di Savoja (C., lib. 8, t. XXXVI, defin. 9).
(7) Furgole *loc. cit. Infra*, n. 2456.
(8) Furgole id.
(9) Loisel, 4, 5, 14.
(10) Su Loisel, lib. 4, t. 4, *Osserv. prel.*
(11) Ferrières, *loc. cit.* 40, 51 e seg. Ricard, 981 e seg. Borbonese art. 210. *Contra*, Auvergne, cap. 14, art. 22. Sedan, art. 112.
(12) *Success.*, 4, 2, 2, 32.
(13) Lebrun, *loc. cit.*
(14) *Success.*, 4, 2, 2, 32.
(15) *Instit. del dritto francese* 2, XI, t. 1, p. 273.
(16) Auvergne e Redon precit.
(17) *Aggiungi* Auzanet *su Parigi*, art. 274.

Digitized by Google

tenute le donazioni dei beni presenti e futuri, che trasformandole in donazioni a causa di morte (1).

Epperò quando d'Aguesseau redasse l'ordinanza del 1731, si mise dal lato di questa opinione, proibendo le donaz oni dei b ni presenti e futuri con la disposizione dell' art. 15.

Ma la donazione doveva essere dichiarata nulla per lo intiero o solamente pei beni futuri? L' ordinanza del 1731, facendo cessare i dubbi antichi, così bene esposti da Lebrun (2), dichiarò, che nel caso la donazione sarebbe stata nulla per lo intiero, anche pei beni presenti, eccettuando solo le donazioni per contratto di matrimonio a favore degli sposi (3). D'Aguesseau fu determinato dalla considerazione, che sembrava contrario ai veri principi il dividere un atto che originariamente era stato uno nel pensiero dei contraenti, e che i vizi dei contratti, nei quali si ferisce lo spirito e l' intenzione della legge, li rendono tutte amente nulli ; che da un altro lato, se la legge facesse dipendere la nullità dall' investigazione della intenzione del donante, l' ammessionee delle congetture aprirebbe la porta ad un gran numero di processi, che è nel dovere del legislatore di arrestare (4); che infine, ed andando al fondo delle cose, è presumibile non avere il donan'e donato i beni presenti, se non in vista ed in considerazione dei beni futuri a fine di fare un tutto insieme del suo attivo e del suo passivo, e di farlo passare nel momento della sua morte sulla testa del donatario universale, presso a poco come sulla testa di un erede (5); che non si possono dividere delle cose, che sono state donate sotto un nome collettivo ; che il donatario ha dovuto aspettarsi di seguire l' evento incerto degli affari del donante, e che sia da parte sua, sia da parte del disponente non è permesso di dividere senza fare violenza al contratto una donazione, che ha unito ed ha avviluppato nella medesima clausola il presente e l' avvenire (6).

1196. È vero, che l' ordinanza del 1731 autorizza la donazione dei beni presenti e futuri nei contratti di matrimonio, e che essa permette pure di dividerla con certe condizioni (7). Ma il contratto di matrimonio forma eccezione a molte regole. La donazione dei beni presenti e futuri non poteva essere esclusa dai contratti di matrimonio, che ammettono l' instituzione contrattuale, con la quale ha una sì grande analogia (8).

1197. Il Codice, che ha consacrata la massima: *donare e ritenere non vale*, ha dovuto proscrivere le donazioni dei beni futuri, non già per tutte le ragioni, che abbiamo esposte, e sopratutto per quelle, che si fondavano sulla necessità della tradizione, ma a causa della loro incertezza e del diritto potestativo, che il donante conserva sui beni futuri. Per lo che si vede, che il codice si mostra più severo in materia di donazione, che in materia ordinaria. Imperciocchè secondo il dritto comune si possono vendere delle cose, che non ancora esistono (9), come ciò giornalmente si pratica nel commercio. Il codice autorizza pure in certi casi l' ipoteca dai beni futuri, malgrado il principio della specialità dell' ipoteca convenzionale?(10) Ma la donazione è un contratto pericoloso, contro del quale debbono essere prese delle precauzioni.

Nulladimeno la nullità della donazione dei beni futuri non produce la nullità dei beni presenti, alla quale è legata.

Il nostro articolo si è pronunziato per la divisione della donazione. Ha preferito il parere meno rigoroso, e non ha veduto una impossibilità radicale a distinguere nel contratto due differenti donazioni; quella dei beni presenti e quella dei beni futuri ; l' una, che è certa, l' altra, che non l' è, e che riportandosi alla morte, non potrebbe essere più irrevocabile di un testamento; la prima completa, attuale e valida, la seconda mancante delle condizioni di una vera donazione.

1198. Rimarchiamo in seguito, che la proibizione di donare dei beni futuri non ha luogo relativamente alle donazioni per contratto di matrimonio(11). Il codice, che ha ammesso l'instituzione contrattuale, vale a dire la maggiore di tutte le anomalie, doveva con più forte ragione seguire su questo punto la disposizione della ordinanza del 1731, ed ammettere la donazione dei beni presenti e futuri, che almeno pel suo nome e la sua apparenza si allontana anche meno dai principi.

1199. Ma che si deve intendere per b ni futuri (12)? Sono i beni, dei quali il donante non è ancora proprietario in tempo della do-

(1) Ferrieres, *loc. cit.*, 51 e seg.

(2) *Success.*, 4, 2, 2, 38 e seg.

(3) Cujacio avea sostenuto la divisione della donazione nel suo commentario sulla legge 35, C., *De donat.* « *Neque tamen ex eo sequitur quod voluit Nicolaus Valla, senator parisiensis, inutilem esse donationem bonorum praesentium et futurorum, quod futurorum, quae est inutilis, importet praejudicium donationi praesentium, quae per se est utilis, conjuncta cum donatione futurorum redditur inutilis. Male, quia in donatione jam illud est absolutum et iteratum saepius, utilem partem donationis non vitiari per inutilem.* »

Surdo professa pure il principio della divisione (cons. 450, t. III, p. 772, n[i] 56, 57, 58). Le sue ragioni sono sviluppatissime e solidissime. Al contrario Duval sosteneva la nullità totale. *De reb. dubiis*, 2, 4, e Ricard distingueva, 1, 1022.

(4) Merlin, Repert., v° *Donazione*, p. 89. Brodeau su *Louet*, lett. D., somm. 10, n. 4.

(5) Lebrun, 4, 2, 2, 39.

(6) Id. n. 41.

(7) Art. 17 dell' ord.

(8) *Infra*, n[i] 2380 e seg.

(9) Articoli 1130, 1128, e 1598.

(10) Art. 2130.

(11) V. l' art. 1084 Cod. Napoleone, e gli art. 109 e seg. *Infra*, n[i] 2380 e seg.

(12) *Infra*, n[i] 2405, 2406, 2407.

Digitized by Google

nazione, mentre i beni presenti sono quelli, che appartengono al donante in tempo della donazione (1), o quelli, che sono acquistati attualmente, benchè non ancora posseduti, ovvero quelli, che non si sono ancora verificati, ma che si verificheranno in virtù d' un titolo esistente nel momento della donazione (2).

Così l' art. 943 non potrebbe servire di pretesto per annullare la donazione d'una rendita da prendersi con ipoteca sui beni del donante con espressa clausola, che il godimento comincerà soltanto dopo la sua morte. Perocchè la donazione dall'istante stesso, in cui è fatta, ha un oggetto certo e determinato, ed una garantia fissata sui beni, che compongono attualmente il patrimonio del donante. Questo ultimo potrà ben alienare i beni, che costituiscono questa garentia, ma il peso, del quale la donazione li ha gravati, li siegue in quali mani facciano passaggio. D'onde si vede avere il donante donata una cosa, che attualmente era nei suoi beni, e che di futuro vi è solo il pagamento; or chi non sa, che il pagamento può ricevere questa specie di dilazione, purchè dallo istante del contratto il donante sia legato?

1200. Si può portare lo stesso giudizio di una somma donata attualmente, ma pagabile soltanto in morte del donante (3). Il donante è legato presentemente ed irrevocabilmente, ed egli soltanto prende un termine per pagare. Dal suo lato il donatario è attualmente impossessato di un credito e di un' azione per farsi pagare, quando il momento sarà venuto.

1201. Ma Grenier ha pensato, che tale donazione sarebbe valido soltanto in quanto l'atto obbligherebbe specialmente degl'immobili alla sicurezza ipotecaria di questa somma. Ma lo errore di questo giureconsulto è palpabile, dapoichè l' esistenza di un dritto non dipende dalle garentie e dalle sicurtà, che ne assicurano l' esecuzione; non vi è meno trasmessione della proprietà nel donatario (4), nè meno un credito attuale, ed il principio vivente di una azione. Non vi occorre dippiù, perchè la donazione sia di un bene presente (5).

1202. Si è dimandato, se questa donazione poteva eseguirsi sui beni acquistati dal donante dopo della donazione, ed alcuni autori hanno pensato, che la regola stabilita dal nostro articolo non permette, che il donatario perseguiti dei beni, che il donante non possedeva in tempo della donazione (6).

Confesso di non comprendere questi scrupoli. Il donante non ha donato tale o tal altra cosa, sulla quale la donazione si esegue ; ha donato una somma di denaro; ha costituito un' obbligazione attuale : or chi si obbliga, obbliga il suo. Ha creato un' azione contra di lui, per lo che il patrimonio tutto intiero del debitore è affetto alla sua liberazione.

Si opporrebbe invano un arresto della corte di cassazione dei 31 di marzo 1824 (7). Questa decisione è intervenuta in circostanze tutte particolari, perchè trattavasi dell' esercizio di un' azione ipotecaria, che il donatario pretendeva di esercitare su terzi possessori relativamente a dei beni acquistati dopo della donazione.

1203. Non è neppure una donazione di beni futuri, se il donante nel riserbarsi l' usufrutto dei beni, che dona, conferisce al donatario il fitto dell' anno, nel quale verrà a morire, benchè questo affitto non sia scaduto nel momento della sua morte. La ragione si è, che con la donazione di questi affitti il donante non fa, se non donare al donatario una cosa, che gli appartiene di dritto, perchè dopo la morte di lui donante, l' usufrutto si consolida con la proprietà donata al donatario (8).

1204. Nè si troverà una donazione di beni futuri nella liberalità, che consistesse nel donare una cosa, sulla quale si è acquistato un dritto condizionale, un dritto dipendente dallo avveramento eventuale di una condizione casuale o mista. Ed in effetti è una donazione dell' azione destinata a fare profittare il donatario dello adempimento della condizione, il quale adempimento produrrà un effetto retroattivo (9). Vi è in ciò donazione di un bene presente, di un dritto acquistato, di un'azione esistente.

1205. Del resto andiamo ad avere l'occasione di ritornare su di ciò nel commentario dello art. 944.

Articolo 944 — (868)

Ogni donazione tra vivi fatta sotto condizioni, la cui esecuzione dipende dalla sola volontà del donante, sarà nulla (a).

(1) Art. 15 dell' ord. del 1731.

(2) Cassaz. 23 novembre 1830 (Dalloz, 31, 1, 20).

(3) Merlin, Repert., v° *Donazione* sez. 3, § 4, ni 4 e 5. *Infra*, n. 1208.

(4) Cassaz. 8 luglio 1822. (Devill., 7, 1, 107). Duranton, t. VIII, n. 457. Marcadé sul nostro articolo.

(5) Furgole sull' art. 15 dell' ordin. del 1781, p. 134 e 135. Ferrières *sopra Parigi* art. 274, n. 20. *Infra*, n. 1208.

(6) Grenier, n. 7. Coin-Delisle, n. 8.

(7) Dalloz. 5, 306.

(8) Furgole sull' art. 15 dell'ordin. del 1731. Merlin, Repert., v *Donazione*, 3, 3 , § 4, n. 3. Quistioni di dritto, v° *Donazione* , § 4. Cassaz. 25 piov. ann. III (Dalloz, 5, 504). Cassaz. 27 gennaio 1819. (Dalloz, 12, 776).

(9) Furgole, *loc. cit.*

(a) Quest'art. è uniforme all' art. 868 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

SOMMARIO

1206. La disposizione dell' art. 944 è l' applicazione della massima: *Donare e ritenere non vale.*
1207. Le condizioni potestative da parte di colui, che si obbliga, annullano l'obbligazione nelle materie ordinarie; *a fortiori* nelle donazioni.
1208. Una donazione di una somma fissa da prendersi su' beni, che il donante lascerà alla sua morte, dev' essere annullata come fatta sotto condizione potestativa?
1209. *Quid* di una donazione di tutt'i mobili, che si troveranno in morte del donante?
1210. Rinvio.
1211. *Quid* della donazione fatta sotto condizione, che sarà risolubile, se il donatario si marita?

1206. Il nostro articolo è una conseguenza della massima « *donare e ritenere non vale* » che sarebbe violata, se la legge permettesse al donante d'imporre alla donazione delle condizioni pienamente potestative, per le quali gli sarebbe facile di annullare il suo dono. Ed in effetti bisogna, che dall' istante del dono il donante sia talmente legato, che non sia più il padrone di pentirsi della sua donazione. Bisogna inoltre, che la donazione sia irrevocabile, e no 'l sarebbe, se il donante potesse per dei mezzi indiretti privarne il donatario.

1207. In generale le obbligazioni sono nolle, quando sono contratte sotto una condizione potestativa dalla parte di colui, che si obbliga (1). Ma questo principio si estende con molta maggiore severità nella materia delle donazioni, che nelle materie ordinarie, e vi si tengono come dipendenti dalla sola volontà del donante delle condizioni, che nelle convenzioni come la vendita, la permuta, la locazione, la società, non sarebbero riguardate come potestative. Allorchè si tratta di donazione, una condizione è giudicata potestativa, quando viola la regola « *donare e ritenere non vale* ». È questo il *criterium* tutto speciale, cui si riferiscono queste specie di quistioni (2).

1208. Ciò stabilito, arriviamo ad alcuni esempî.

Una donazione di una somma fissa da prenderai su' beni mobili ed immobili, che il donante lascerà alla sua morte, dev' essere forse annullata come fatta sotto condizione, che dipende dalla sola volontà del donante? Tale quistione si lega a quella, che abbiamo esaminata nel n. 1200; però è differente. « Questa quistione, dice Bergier su Ricard, si è presentata più volte. Essa non poteva fare materia di un serio problema. L' azione della donazione tra vivi, ciocchè la costituisce tale, è l' espropriazione assoluta ed irrevocabile del donante. È vero, che si può donare tra vivi, e nondimeno rinviare dopo la morte l' esecuzione della donazione; ma, diceva Cochin (3), bisogna in questo caso, che il dritto del donatario sia irrevocabilmente fermato sopra tutt' i beni, che il donante possiede durante la sua vita, e che il donatario non sia ridotto a soddisfarsi su' beni, che si troveranno nel giorno della morte del donante. Queste due specie, che dapprima sembrano di avere qualche connessità, sono nondimeno essenzialmente differenti. Dono 15,000 franchi sopra tutt' i miei beni, dai quali il mio donatario potrà solo farsi pagare dopo la mia morte. Questa donazione è buona, perchè tutt'i beni del donante ne sono gravati, sia che li abbia ancora nel giorno della sua morte, sia che ne abbia disposto in vita. Tutte le donazioni tra vivi, che avrà potuto fare dopo della donazione, non potranno nuocere al donatario. Il suo dritto è irrevocabilmente formato, quantunque il pagamento sia sospeso. Ma io dono 15,000 franchi da prendere su' beni, che avrò nel giorno della mia morte; questa donazione è nulla, perchè il dritto del donatario essendo limitato a' beni, che il donante lascerà in tempo della sua morte, il donante è padrone di disporre in vita, di vendere, dare in pegno, ipotecare così liberamente, come se non avesse precedentemente donato (4) ».

1209. Che si dovrebbe decidere di una donazione di tutt' i mobili, che si troveranno in morte del donante?

La legge 16, D. *De donat.*, sembra approvare questa disposizione: « *Sciant haeredes mei, me vestem universam meam ac res caeteras quascumque in diem mortis meae mecum habui, illi et libertis meis vivum donasse.* » Ecco la specie, ed Ulpiano la risolve in questi termini: *Dominium ad libertos benigna interpretatione pertinere* (5) ». Molti arresti anteriori all' ordinanza del 1731 hanno convalidato delle donazioni di mobili, ch' esisterebbero nel giorno della morte (6).

(1) Art. 1174. V. art. 1170 la definizione della condizione potestativa.
(2) Arg. dal n. 1197 *supra*. V. ancora le annotazioni di Zachariae t. II, p. 297.
(3) T. 4, p. 395.
(4) Merlin, Repert., v° *Donazione*, p. 90
(5) V. ancora Fabro cap. 9 *versic. ult.*
(6) Louet, lettera D., somm. 10, e Brodeau. Servin, vol. 3, aring. 21.

Digitized by Google

Ma questa giurisprudenza non è più compatibile col Codice Napoleone di quanto lo fosse con l'ordinanza del 1731.

Ed io effetti donazioni di questa specie sono sottoposte a questa condizione potestativa, se vi sono de' mobili; è chiaro, che il donante può con la sua volontà impedire, che ve ne siano. Evidentemente si trasformerebbe la donazione tra vivi in donazione a causa di morte, e bisogna serbare il carattere differente di questi due ordini di disposizioni.

In quanto alla legge 16 D., *De donation.* ne sono tali i termini, che la donazione sembra fatta lo stesso giorno della morte, in un momento, in cui il donante distaccandosi dalla vita, era più preoccupato di confermare la sua liberalità, che di paralizzarne gli effetti.

1210. Gli articoli 945 e 946, che sieguono, contengono degli esempi di condizioni potestative producenti nullità della donazione.

1211. La donazione, che dipende dalla condizione « se il donante si marita » è forse nulla? Per esempio: Pietro dona la sua terra di Aulnois a suo fratello a condizione, che questa donazione non avrà effetto, se egli, Pietro, viene a maritarsi.

Ovvero: Pietro essendo nel momento di contrarre matrimonio con Francesca, vuol gratificare un figlio, che questa ha da un primo matrimonio, e dona a questo ragazzo 10,000 franchi, aggiungendovi come condizione: « Se mi marito con Francesca ».

Nel primo caso l'annotatore di Ricard cita giusta le note del suo autore un arresto del Parlamento di Parigi de'20 febbraio 1668 sulle conformi conclusioni dell'Avvocato generale Talon, che dichiarò nulla la donazione (1). Nulladimeno conserva de' dubbi sulla quistione, e crede, che la soluzione ne avrebbe potuto essere determinata da circostanze particolari.

Pertanto non è dubbio, che una tale condizione lascia al donante la libertà di rivocare la donazione, e che l'infetta del vizio di *donare e ritenere*. Nella specie stabilita la condizione di maritarsi è potestativa (2); dipende dalla volontà del disponente, epperò la donazione non produce un vero spossessamento (3).

Il secondo caso non è così chiaro. La condizione vi è formolata con delle circostanze, che la rendono mista e non potestativa. Perocchè la condizione di maritarsi è mista, quando è disegnata la persona da sposarsi; come per esempio: Vi dono 10,000 franchi a condizione, che questo dono sarà senza effetto, se mi marito con Tizia (4). Ora io simile caso perchè la donazione sarebbe nulla? Non dipende dalla sola volontà del donante di annullare la donazione, maritandosi. Imperocchè non può maritarsi di una maniera qualunque; non può maritarsi, che con Tizia, la cui volontà può resistere alla sua e paralizzare il matrimonio. Rimarcate bene, che il nostro articolo esige testualmente, che l'esecuzione della donazione dipenda dalla sola volontà del donante. È forse questo il caso nostro? Sarebbe difficile di sostenerlo. Senza dubbio quando la persona non è designata, si deve riconoscere, che il matrimonio dipende dalla sola volontà del disponente; se non sposa l'una, sposerà l'altra, ed il suo libero arbitrio per fare svanire la donazione troverà sempre il modo da soddisfarsi. Ma è del tutto diverso, quando la persona è designata. Il disponente può volere ritirare quello, che ha donato, senzachè basti la sua volontà; vi occorre ancora quella di Tizia, e questa può rifiutarlo per marito, ed il suo rifiuto impedire la condizione di realizzarsi.

Nondimeno non dissimuliamo, che un arresto della Corte d'Orleans sembra di avere proscritta questa distinzione (5).

Una signora Choiseul, dovendo maritarsi con un signor Millet, aveva fatta una donazione puramente e semplicemente a' figli, che Millet aveva da un precedente matrimonio, aggiungendo, che in vista di questo matrimonio e per la sua sola considerazione ella faceva questa liberalità. Il matrimonio aveva avuto luogo. La Corte fondandosi su quest' articolo, dichiarò nulla la donazione per la ragione, che la condizione « se mi marito » è potestativa. Quest' arresto è molto severo; potrei anche dire qualche cosa dippiù, dapoichè la condizione in quistione è mista giusta i principi meglio accertati, ed il nostro articolo non condanna le condizioni miste, ma soltanto respinge le condizioni potestative. Rimarcate inoltre, che trattavasi di un matrimonio convenuto, e che si era realizzato. Vi erano forse nel'a causa delle circostanze particolari, che le notizie hanno lasciato sfuggire?

Articolo 945 — (869)

Sarà similmente nulla s'è stata fatta sotto la condizione di soddisfare altri debiti o pesi oltre quelli, ch' esistevano nell' epoca della donazione, e che fossero espressi sia nell' atto della donazione sia nello stato, che vi dovrebb' essere annesso (a).

(1) Donaz. p. 1, n. 1058.
(2) Art. 1170 C. Napoleone.
(3) *Aggiungi* Ferrières *sopra Parigi*, art. 274, n. 4.
(4) *Sopra*, n. 192.
(5) 17 gennaio 1846 (Devill., 46, 2, 179). Grenier, n. 13. Delvincourt, t. II, p. 489. Duranton, t. VIII, n. 477. Vazeille *delle Donazioni*, 944, n. 3. V. Toullier, t. V, n.i 272, 273.

(a) Quest' articolo corrisponde ed è uniforme all' art. 849 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

Digitized by Google

SOMMARIO

1212. Questa disposizione è un' applicazione della regola: *donare e ritenere non vale*.
1213. È nulla la donazione, nella quale è stato imposto al donatario il peso di donare una somma determinata o tutti ed a ciascuno de' domestici, che il donante avrà nel giorno della sua morte.
1214. Il donatario di tutt' i beni presenti non è soggetto di pieno dritto al pagamento de' debiti.
1215. È differente dal legatario.
1216. L' obbligazione di assumere il fatto o la causa del donante verso del terzo non produce effetto contro del donatario, che agisce per evizione contro di queste terze per delle cause, che gli sono proprie.
1217. Il peso non può eccedere l' emolumento nel caso, in cui il donante ha imposto espressamente al donatario l' obbligazione di pagare i debiti.
1218. È lo stesso nel caso della donazioni permesse, che hanno per oggetto i beni presenti e futuri.
1219. Opinione del Presidente Fabro sulla donazione fatta con peso, quando la cosa donata ha pel donatario un valore di affezione.
1220. *Quid* dello donazione fatta col peso pel donatario di adempiere il testamento, che potrà fare il donante?
1221. *Quid* del peso di soddisfare le spese funerarie del donante?

COMENTARIO

1212. Quest' articolo è anche la conseguenza del principio « *donare e ritenere non vale* ». Se il donante potesse obbligare il donatario a pagare i suoi debiti futuri, ne seguirebbe, che potrebbe creare ad arbitrio di debiti, che assorbirebbero la donazione,

« Non vi è nulla di più contrario all' irrevocabilità ed alla certezza, necessariamente richiesta per rendere valida una donazione tra vivi, dice Ricard (1), che la libertà data al donante di poterla ridurre al nulla, creando quanti debiti gli piacerà; questa disposizione apparticne piuttosto alla donazione a causa di morte, il cui segno è, quando il donante non vuole assolutamente abbandonare la proprietà della cosa donata (2). »

Bisogna dunque, che il donatario non sia assoggettato a delle obbligazioni future, a dei pesi abbandonati ad un futuro contingente. Non potrebb' essere astretto a pagare altri debiti, oltre quelli, che fossero già contratti nel momento della donaz one, o che fossero espressi nell' atto della donazione o nello stato annesso.

1213. Conformandosi appunto a queste idee, la Corte di cassazione ha deciso, che il peso imposto al donatario di donare una somma determinata a tutti ed a ciascuno de' domestici, che il donante avesse in tempo della sua morte, importa la nullità della donazione (3). Quest' arresto è ne' veri principî, perocchè la condizione, alla quale il donatario era sottoposto, era distruttivo della irrevocabilità della donazione (4).

1214. Per prevenire ad una intelligenza più completa dell' art. 945 bisogna rammentare la maniera, come i donatari sono tenuti al pagamento de' debiti. Abbiamo trattato questo punto con isviluppo nel nostro commentario della *Vendita* (5). Abbiamo esaminata la quistione nel punto di veduta del dritto romano e del dritto nuovo, de' principî e della giurisprudenza. Manteniamo qui l' opinione sola giuridica, sola conforme a' principî, alla logica, ed alla natura delle cose, cioè che il donatario di tutt' i beni presenti non è tenuto direttamente e personalmente de' debiti esistenti nel giorno della donazione, a menochè non ne fosse gravato con una clausola espressa (6), o che l' intenzione di gravarlo non risultasse dalle parole adoprate (7), o anche dalle circostanze (8). Per esempio supponiamo, che fosse stato unito alla donazione uno stato de' debiti; evidentemente si dovrebbe dire, che il donante ha voluto, che li pagasse (9). Ma all' infuori di queste riserve espresse o tacite, è certo, che il donatario, anche di tutt' i beni presenti, non è assoggettato di pieno dritto al pagamento dei debiti. Il donante rimane debitore personale, e contra di lui i creditori debbono agire. Questi ultimi hanno solamente un ricorso sussidiario contro del donatario nel caso, in cui dopo la discussione de' beni del donante acquistano la pruova di essere stata fatta la donazione in frode de' loro dritti.

1215. Appunto in questo la condizione dei donatari è differente da quella de' legatari. Abbiamo spiegato nel luogo citato le ragioni decisive di questa differenza. Un titolo donato tra vivi non ha necessariamente gli stessi effetti di un titolo donato a causa di morte. Non

(1) *D. naz.*, p. 1, n. 1027.
(2) V. nondimeno un arresto degli 11 gennaio 1586, in Louet, lett. *D*, somm. 10. Ma è anteriore all' ordin del 1731.
(3) Arreste del 17 termidore anno VII (Devill., 1, 1, 233).
(4) V. nonpertanto Duranton, t. VIII, n. 483.
(5) Tom. I, n. 449 e seg., ed *Ipoteche*, n. 812.
(6) Montpellier 3 aprile 1833 (Dalloz, 34, 2, 40). Tolosa 13 luglie 1839 (Dalloz, 40, 2, 37 Devill., 39, 2, 519).
(7) Tolosa 29 giugno 1836 (Dalloz, 38, 3, 81. Devill., 37, 2, 27).
(8) *Infra*, n. 2310.
(9) Cassaz., 2 marzo 1840 (Devill., 40, 1, 345. Dalloz, 40, 1, 132).

Digitized by Google

ripeteremo qui le considerazioni, alle quali ci siamo dati, e cui bisogna ricorrere.

1216. Dal principio, che il donatario non è tenuto personalmente *ipso jure* de' debiti, siegue, che l'obbligazione di assumere il fatto e la causa, cui il donante era tenuto verso un terzo, non riflette il suo donatario, che pretende di evincere quest'ultimo per delle cause a lui proprie.

Per esempio:

Primo vende a secondo l'immobile A, appartenente a terzo. Qualche tempo dopo dona i suoi beni presenti a questo stesso terzo.

Terzo volendo rientrare nel possesso del suo immobile A, conviene Secondo per la restituzione; e Secondo dimanda, che sia dichiarato inammessibile, opponendo la regola: *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Avrà egli ragione?

No. Terzo non ha contratta veruna obbligazione personale, e la donazione non gliene ha imposta veruna *ipso jure*. E conseguentemente niente l'obbliga ad assumere il fatto e la causa di Primo; per lo contrario nulla gli vieta di rivendicare il suo proprio fondo, e non ha da temere veruna eccezione d'irrecettibilità. Solamente se il donante non può indennizzare secondo, costui avrà un'azione utile ma indiretta contro Terzo per ricevere le indennità di cui parla l'art. 1630 del Codice Napoleone (1).

1217. Ritorniamo al caso, in cui la donazione ha imposto al donatario l'obbligazione di pagare i debiti, e dimandiamoci, se il peso di questi debiti può eccedere l'emolumento (2).

Tutti gli autori sono di accordo nel dire, che non può essere tenuto de' debiti « *ultra rerum donatarum quantitatem* » (3). Ed in effetti sarebbe contradittorio di dare il titolo di liberalità ad una donazione, che appoverirebbe il donatario (4).

Nec obstat quello, che abbiamo più sopra insegnato (5) sull'obbligazione del donatario di restare legato alla donazione, quando gli vengono imposti de' pesi espressi. Allora abbiamo inteso parlare solamente de' pesi, che danno alla donazione un carattere di commercio, ed in questi termini ristretti e precisi abbiamo stabilita la quistione. Ma questo carattere commutativo, interessato dall'una e dall'altra parte, non appartiene all'obbligazione di pagare i debiti, perciocchè essendo un peso de' beni, sono delegati al donatario unicamente a causa di questi medesimi beni. Il perchè costui può esonerarsene, abbandonando i beni, nè reca verun pregiudizio al donante, che non si presume di avere voluto fare una speculazione, per discaricarsi su di altri delle sue naturali obbligazioni (6).

1218. Si dev' emettere la stessa decisione, quando la donazione è de' beni presenti e futuri nel caso, in cui è permesso di farne? L'azione de' creditori invece di essere pura personale, è forse *personalis in rem scripta* (7)? Esamineremo nel nostro commentario degli art. 1084 e 1085 questa quistione, ch'è molto delicata a causa de' rapporti del donatario universale con l'erede contrattuale (8).

1219. Malgrado queste regole di dritto, niente vieta, che con una convenzione fatta il donante imponga a colui, che gratifica, qualche condizione, che gli sia onerosa. Se secondo le circostanze si scorge, che la cosa donata, ed il cui prezzo era indeterminato, aveva pel donante un valore di affezione, in questo caso il donatario, che ha accettato il peso, deve imputarsi di aver estimato a sì alto prezzo la cosa donata. Ciò dice il Presidente Fabro (9): « *Is cui datum est certa lege quae faciat, ut* « *plus incomodi quam commodi ex donatione* « *sentiat, si donationem agnoverit, non potest resilire a contractu. Potest hoc evenire, si forte donatio facta sit sub onere dandi pecuniam, quae excedat rei donatae valorem, eum maluisset donatarius habere rem donatam. Sibi enim imputare debet, eur rem donatam tanti exstimaverit* (10)».

1220. Per terminare il commentario dello art. 945 dobbiamo dire, che si è altre volte agitata la quistione, se la donazione fatta col peso pel donatario di eseguire il testamento, che potrà fare il donante, è valida (11). Si decideva per l'affermativa, dandovi questo colore, che il donante non era più padrone di esaurire col suo testamento la totalità dei suoi beni, e che se lo facesse, le sue disposizioni sarebbero riducibili *arbitrio boni viri*, come si può raccoglierlo dalla legge 54, D., *Ad S. C. Trebell.* Ma gli arresti, che hanno così deciso (12), sono anteriori all'ordinanza del 1731, nè noi facciamo difficoltà di adottare l'avviso del signor Grenier, che pensa, che sotto il regime di questa ordinanza e sotto il codice Napoleone sarebbe impossibile di così decidere. I legati contenuti nel testamento sarebbero evidentemente dei pesi posteriori alla donazione, ed il nostro articolo non permetterebbe, che il do-

(1) Il mio comm. della *Vendita*, t. I, n. 456. *Contra*. Bordeaux, 7 agosto 1834 (Devill., 35, 2, 35. Dalloz, 35, 2, 207).
(2) V. quello, che diciamo *sopra*, n. 365.
(3) Voet, *De donat*, n. 20. Furgole sull'art. 17 dell'ord. del 1731, p. 164. Ricard, p. 3 n. 1517.
(4) *Sopra*, n. 365.
(5) N. 69.
(6) *Infra*, n. 2451.
(7) Furgole, *loc. cit.*
(8) *Infra*, n. 2416.
(9) Cod. 8. 37, 4.
(10) *Sopra*, n.i 365, 366.
(11) Brodeau *su Louet*, lett. *D*, somm 10, n. 5. Coquille *sul Nivernese*, *Delle donazioni* art. 3, Ricard, p. 1, n. 1032. Boerio, quest. 244, n. 9 Dumoulin *su Auvergne*, cap. 14, art. 20.
(12) Arresto de' 14 agosto 1574. Brodeau su questo arresto, lettera *D*, sommario 10, n 5.

Digitized by Google

naate se facesse la condizione della sua liberalità. D'altronde nulla oggi permetterebbe di ridurre delle disposizioni testamentarie « ad « arbitrium boni viri. »

1221. Ma il peso di soddisfare le spese funerarie del donante non vizierebbe la donazione, perchè queste spese sono valutate secondo la condizione della persona, e che sotto questo rapporto vi è una determinazione nota in tempo della donazione.

Articolo 946 — (870)

In caso, che il donante si sia riserbata la libertà di disporre di un effetto compreso nella donazione o di una somma fissa su' beni donati; se muore senz' averne disposto, il detto effetto o la detta somma apparterrà agli eredi del donante, nonostante ogni clausola o stipulazione contraria (a).

SOMMARIO

COMENTARIO

1222. Il nostro articolo è preso ad impronto dall' art. 16 dell' ordinanza del 1731. Esso dichiara, che quando il donante si è riserbata la facoltà di disporre di un effetto o di una somma fissa compresa nella donazione, non vi è su ciò donazione, come diceva l' articolo 274 della consuetudine di Parigi; è un donare e ritenere, quando il donante si è riserbata la facoltà di disporre liberamente della cosa, da lui donata. Il perchè la legge vuole, che gli eredi riprendino la cosa riserbata, come appartenente alla successione del donante, se però questi non ne avesse disposto.

1223. Queste parole, *nonostante ogni stipulazione contraria*; hanno per oggetto di troncare, come aveva fatto l' art. 16 dell' ordinanza del 1731, una difficoltà, che Ricard aveva preveduto (1). Questo giureconsulto si dimandava, che cosa avrebbe dovuto decidersi, se il donante avesse detto: « che in caso che « morisse senza avere disposto della somma « riserbata, intendeva, che facesse parte della « donazione. »

Ricard decideva, che nei paesi di consuetudine, che esigevano la tradizione, questa stipulazione o clausola non poteva rendere valida la donazione in quanto alla somma riserbata per la ragione, che non vi era spossessamento attuale ed irrevocabile. In quanto ai paesi di dritto scritto, ove la tradizione non era richiesta, pensava, che la clausola fosse valida, e che il donante poteva profittarne.

Ma l' esattezza di questa decisione era molto dubbia in quanto ai paesi di dritto scritto, perchè bisognava secondo le regole del dritto romano, che la donazione fosse irrevocabile, e che non potesse dipendere da una condizione puramente potestativa pel donante. Ora la clausola di riserva è contraria a questa irrevocabilità; nè è per nulla purgata dal correttivo, che in caso di non-disposizione la cosa apparterrà al donatario. Una simile donazione è viziosa *ab initio*, e non può sussistere.

1224. Con gran ragione il codice Napoleone, che non esige più la tradizione, ha nondimeno adottato la disposizione del dritto consuetudinario sulla materia che ci occupa. Dapoichè la riserva di disporre, stipulata dal donante, non è solamente contraria all' obbligazione di fare la tradizione, ma è anche contraria all' irrevocabilità della donazione ed alla regola *donare e ritenere non vale.*

1225. Giusta i sig. Grenier (2) e Toullier(3) il nostro articolo è suscettibile di una restrizione, e non deve « intendersi, che del caso di « una riserva assoluta ed indefinita sugli og- « getti donati. Ma se si trattasse d' una riserva « eventuale, che riguardasse un terzo, e che per « l' evento non potesse più aver luogo, nè il « donante, nè i suoi eredi potrebbero prevaler- « sene contra del donatario per dimandare una « riduzione sulla donazione ». Per esempio se la donazione contenesse la facoltà di disporre di 20, 000 franchi in favore del coniuge del donante pel caso, in cui egli premorisse, e che il coniuge morisse prima del donante

(a) Uniforme a quest' articolo è l' art. 870 delle Leggi civili. *Il traduttore.*
(1) Part. 1, n.i 1014, 1015 1016.
(2) T. 1, p. 149.
(3) T. V, p. 226.

Digitized by Google

quest a riserva sarebbe estinta a favore del donatario.

1226. Questa opinione dei signori Grenier e Toullier non è ammessibile, perchè la riserva di disporre produce gli effetti determinati dal nostro articolo, o che sia condizionale o che sia assoluta.

In utilmente i signori Grenier o Toullier citano un arresto della corte di Aix (1). Questa corte non si è decisa pel motivo, del quale i signori Grenier e Toullier hanno creduto di dover e formare una regola. Trattavasi nella specie di una donazione, nella quale il donante si era riserbato il dritto di costituire alla sua vedova una rendita vitalizia di 700 franchi nel caso, in cui sopravvivesse. La corte considerò che la riserva di stabilire una pensione vitalizia era semplicemente un peso sui frutti dei beni donati, che era una riserva della rendita e non del fondo, che non impediva, che la donazione non fosse valida pei beni donati, del pari che si può donare una cosa, e distaccarne l'usufrutto sia a proprio profitto sia a profitto di un terzo. L'avvocato rimarcò, che il donante poteva per mezzo della stessa donazione assicurare questa pensione di 700 franchi a sua moglie senza ferire la proprietà delle cose donate. Tanto è vero, egli diceva, che si è riserbato la facoltà di farlo più tardi. Ora la facoltà di farlo non potrebbe produrre un effetto diverso dallo stesso atto. L'atto e la facoltà non versando sulla nuda proprietà, che è l'obietto attuale della donazione, non vi fanno eccezione. Il donante non ritiene nulla di questa nuda proprietà, che trasferisce intiera. Il dominio utile, sul quale stipula, gli appartiene, e non fa, che differire l'istante, in cui sarà riunito al dominio diretto.

Questi motivi sono eccellenti mentrechè la distinzione dei signori Grenier e Toullier potrebbe aprire la porta a dei grandi abusi, ed occasionare una interpretazione contraria al senso dell'art. 946 (a).

Articolo 947 — (871).

I quattro articoli precedenti non si applicano alle donazioni, di cui si parla ne' capitoli VIII e IX del presente titolo (b).

SOMMARIO

COMENTARIO

1227. Gli art. 943, 944, 945 e 946 non si applicano alle donazioni fatte per contratto di matrimonio agli sposi o ai figli da nascere dal matrimonio, nè alle disposizioni tra coniugi per contratto di matrimonio o durante il matrimonio.

Questa eccezione di già ammessa nel dritto antico, si spiega pei seguenti motivi: cioè che i contratti di matrimonio sono suscettibili di clausole testamentarie ed a causa di morte, e di stipulazioni, che in ragione di questo carattere sono dispensate dalla regola *donare e ritenere non vale*. Così si può istituire un erede per contratto di matrimonio, il che si chiama *istituzione contrattuale*, che è una donazione irrevocabile non dei beni presenti, ma dei beni che il donante lascerà in tempo della sua morte, o altrimenti detto nella sua successione. Questa istituzione non impedisce al donante di vendere, ipotecare, alienare a titolo oneroso, di rendere i suoi beni responsabili dei suoi debiti futuri, dapoichè si obbliga soltanto a donare la sua successione. Epperò sarebbe contrario alla natura di questo genere di disposizioni d'impedire al donante di stipulare, che il donatario sarà gravato dei debiti, che lascerà in tempo della sua morte, di riserbarsi la disposizione di un effetto particolare della donazione, di apporre

(1) 17 thermid. an. 13 (Dalloz, 5, 405).

(a) Ma qual è il senso dell'art. 946? Quello di dichiarare come conseguenza del principio già stabilito in materia di donazione, che non v'è donazione nel caso, in cui il donante per effetto della facoltà, che si è riserbata, può rivocare la trasmessione della proprietà nel donatario. Quest'articolo è l'applicazione della stessa regola, per la quale è nulla una donazione dipendente da una condizione potestativa da parte del donante; in questo caso la condizione potestativa rende nulla la donazione; nella riserva facoltativa del donante, facendo mancare la donazione, non trasmette la proprietà nel donatario. Or quando la facoltà del donante dipende da una condizione casuale o mista, la sorte della disposizione dipende dalla condizione. Se questa manca, la donazione è valida, perchè la condizione retroagisce al giorno dell'atto, e la rende pura. Così nella specie la premorienza della moglie del donante avendo fatto mancare la condizione, da cui dipendeva la facoltà del donante, la donazione è stata valida sin dal cominciamento. Invece se il donante fosse premorto alla moglie, o non avesse disposto de' 20,000 franchi, questa somma sarebbe spettata agli eredi, perchè non vi sarebbe stata donazione. Pare quindi, che la distinzione de'sig. Grenier e Toullier sia fondata sulla ragione della legge, e che la distinzione, che il nostro autore elimina, ne dipende essenzialmente. *Il traduttore*.

(b) Uniforme è quest'articolo all'articolo 871 delle Leggi civili. *Il traduttore*.

Digitized by Google

delle coadizioni potestative per lui doaaate; perciocchè tutte queste clausole sono della aatura della disposizione testameatarie, e conseguealemente atte a figurare aei contratti di matrimonio. Ciocchè le ha fatto bandire dalle donazioni tra vivi, è che queste ultime aon sono affatto suscettibili delle clausole testameatarie o a causa di morte (1).

1228. Movendo di là il codice Napoleone ha dovuto eccettuare le donazioni per contratto di matrimonio dalle disposizioni conteaute nei quattro articoli precedeati. Vedremo ancora per l' art. 1086, che nelle donazinni fatte per contratto di matrimonio si può inserire la coadizione di pagare iadistintamente tutti i debiti e pesi della successione del donante,o tal altra coadizioae, la cui esecuzione dipendesse dalla sua volontà, stipulare, che il doaante si riserba la facoltà di disporre di tale somma od effetto, ecc. Allora la donazioae,benchè qualificata tra vivi,ed irrevocabile, è una pura doaazioae testamentaria, rivocabile per dei mezzi iadiretti, è una doaazioae testameataria coateauta ia un atto tra vivi; cosa per verità esorbitante, ma che il favore dei matrimoni ha permesso d' iatrodurre per delle ragioai di pubblico iateresse, che tutti compreadoao e per delle convenienze di famiglia, che tutti debbono rispettare (2).

Articolo 948 — (872)

Ogni atto di donazione di effetti mobili non sarà valido, che per gli effetti, di cui uno stato estimativo sottoscritto dal donaate e dal donatario, o da coloro, che accettano per lui, sarà stato annesso alla minuta della donazione (a).

SOMMARIO

1229. Importanza dell' art. 948.
1230. Del resto quest'artieolo ooo è applieabile alle donazioni dette *di mano eolda*.
1231. Per le altre donazioni di effetti mobiliari bisogno oltre le formalità ordioarie uno stato estimativo sottoscritto dalle parti ed anoesso olla minuta.
1232. Motivi di qoosto disposiziooe.
1233. Lo stato, di eoi si tratta, è inutile, so la doscrizione de' mobili osiste nol eorpo stesso della donazione.
1234. L' eeeeziono fatta doll' art. 15 dell'ordinaosa del 1731 pel caso, io cui ha lnogo la tradiziooo nel momento dell' atto,noo è stata ammossa dal Codice.
1235. Il dooante, che avesso fatta lo tradiziooa degli effetti mobiliari, potrebbe ora reclamarli, se non si fosse redatto uoo stato stimativo. — *A fortiori*, se gli effetti mobiliari sono rimasti nol soo possesso, potrebb' egli rieusorsi a eoosegnarli.
1236. I creditori dol dononte possooo esorcitare gli stessi dritti di lui.
1237. Aoche qoando fossero posteriori allo dooaziooe.
1238. Durota dell' aziooe di nuttità.
1239. Poco importa ta forma delto stato stimativo.
1240. L' estimaziono do' mobili dev' essero fatta per quaoto è possibite artieolo per articolo.
1241. Le parti possooo dispensarsi dallo stato stimativo, riportandosene ad uoo stoto dettagliolo ed estimalivo contenuto in uo' altro atto?
1242. La eoofezione dello stato dev' essere contemporaueo della donazioue.
1243. Noo sooo soggette alla formalità dollo stato descrittivo le douazioni delle eose, ehe sooo immobiti per dostioazione.
1244. Lo cose ioeorporali comprese negli articoli 529 o 530 debbooo, quando formano obietto d' uoa dooazione, essere soggette ad uno stato stimativo.
1245. La notifieaziooe fatta al debitoro non basterebbo oggi per dispensore da uoo stato stimotivo la dooaziooo dello reodite o de' erediti.
1246. Io questo caso la ootificaziooe del titolo è iooltre richiesto nell' ioteresse de' terzi o de' debitori.
1247. Inutilità delto stato stimativo quando la eifra del eredito iodica il valore dollo eosa.
1248. O quando le eooneiaziooi della donaziooe sooo sufficienti per slimare quosto valore.
1249. Arresto delila Corte di Ageo relativamente ad una donazione di effetti negoziabili.
1250. La donaziono di effetti mobiti fatta per contratto di matrimooio noo è dispensata dallo stato estimativo.
1251. È lo stesso dello dooazioni tra eoniugi.
1252. Del resto le donazioni noo sono soggette ollo stato annosso, eho in qoanto si riferiscooo a' mobili presenti.
1253. L'art. 948 è forse applicabile alle douazioni dell' universalità de' mobili?

1229. Il nostro articolo è una delle più importanti disposizioni di questo titolo, giacchè prende delle precauzioni necessarie per dare una stabilità alle donazioai dei mobili, per preservarle dal vizio di *donare* e *ritenere*, per assicurare gl'interessi degli eredi e dei terzi (3).

1230. Nulladimeno cominciamo dal dire, che non è applicabile alle donazioni mobiliari

(1) Rieard, p. 1, n.i 1055 e seg. Brodeau *su Louet*, lett. *D.*, somm. 10, o.4. V. art. 17 o 18 dell'ordio. del 1731 o Furgole so questo testo.

(2) Furgolo sull' art. 17 dell'ord. del 1731. *Infra*, n. 2146.

(a) Quest' artieolo è oniformo all' art. 872 dolle Leggi civ. *Il trauuttore*.

(3) *Sopra*, n. 1068. Merlin, Repert., v° *Donozione*, ses. 5, § 1, art. 4, e sez. 2, § 7; Toullier, t. V, n 180; Vazeille, *Delle Donazioni*, t. II, p. 301 o 302; Grenier, t. I, n. 169.

Digitized by Google

di mano calda, o altrimenti detto alle donazioni dei mobili, che si fanno con tradizione presente. Si sa, che queste donazioni si consumano per mezzo della tradizione, che non lasciano tracce, e che costituiscono la più assoluta e più radicale alienazione. Per lo che sarebbe contraddittorio ed illogico di sottometterle a delle formalità esteriori destinate a fortificarle; perocchè nulla è più forte di una donazione di mano a mano, che investe il possessore in supremo grado. Ed è d'uopo di rigettare interamente questa specie di donazioni o di ammetterle tali, quali sono e quali valgono per la loro propria natura (1).

1231. Adunque diciamo, che il nostro articolo concerne soltanto le donazioni mobiliari e solenni, delle quali le parti redigono un atto conformemente all'art. 931. Allora non basta, che questo atto sia fatto nella forma notariale, e che contenga l'accettazione pubblica del donatario, o che questa accettazione sia stata posteriormente redatta in forma autentica, ma bisogna ancora che sia redatto uno stato estimativo degli effetti mobiliari, che fanno l'obietto della donazione, che questo stato sia sottoscritto dal donante e dal donatario o da coloro, che accettano per quest'ultimo, e che sia annesso alla minuta della donazione.

1232. Questa disposizione dell'art. 948 è presa ad impronto dall'art. 15 dell'ordinanza del 1731, si fonda sugli stessi motivi, vale a dire sulla necessità di rendere la donazione ferma ed irrevocabile (2). Si è considerato, che diversi interessi si trovano impegnati nelle donazioni dei mobili, e che è indispensabile di proteggerli.

Vi è dapprima l'interesse dell'erede riservatario, perciocchè per fissare la quota disponibile bisogna sapere con esattezza che cosa è stata distratta dal donante.

Vi è dopo l'interesse dello stesso donante, perocchè se vi è stata tradizione reale, e che in seguito vi è luogo a rivocazione, è della maggiore importanza, che la consistenza della donazione sia precisa. È lo stesso dell'interesse eventuale degli eredi riservatari, dei quali è il difensore.

In terzo luogo l'istesso donatario può avere interesse allo stato estimativo, il che è evidente, quando il donante si è riserbato l'usufrutto, e che bisogna impedire che non resti padrone di diminuire l'importanza della donazione.

In fine in quarto luogo si presenta l'interesse dei creditori del donante, i quali debbono sapere ciocchè quest'ultimo ha distratto della sua fortuna, a fine di potere distinguere gli effetti sui quali sono in dritto di esercitare i loro mezzi di esecuzione.

1233. Quando la descrizione delle cose mobili donate si trova nello stesso corpo della donazione, è inutile di richiedere uno stato descrittivo. Questo stato non offrirebbe, che una formalità vana ed illusoria, che moltiplicherebbe le scritture senza necessità

1234. Rimarchiamo ora una cosa.

Nel prendere ad impronto dall'ordinanza del 1731 la disposizione della quale parliamo, il nostro articolo è andato più lontano. Ed in effetti l'art. 15 dell'ordinanza non esigeva uno stato estimativo quando la tradizione degli effetti mobiliari era stata fatta nel momento stesso della donazione.

Il Codice non ha ammesso questa distinzione, che fu rigettata nel tempo della discussione dell'art. 948. Il signor Tronchet, che dimandò questo rigetto, fece osservare che senza di uno stato estimativo non si giungerebbe a fissare la legittima dei figli (3). La legge nuova adunque esige, uno stato estimativo, o che vi sia oppur no tradizione; senza di che, essa dice, *la donazione non è valida*, parole ben altrimenti energiche di quelle dell'ordinanza del 1731.

In vano si objetterebbe, che la tradizione trasformerebbe la donazione in dono manuale (4). Un dono manuale non è quello che è fatto per atto scritto, e tale obiezione non è nè seria nè sostenibile.

1235. Movendo da questa importante differenza, non si potrebbe più giudicare, come sotto l'ordinanza del 1731, che il donante, il quale avesse fatta la tradizione degli oggetti mobiliari, senzachè vi fosse lo stato estimativo, non potrebbe più reclamarli (5). Questa decisione era buona in un'epoca, in cui la tradizione reale teneva luogo dello stato descrittivo, ma ora, che non è più lo stesso, e che la donazione, benchè seguita dalla tradizione, è nulla senza stato estimativo, è certo, che il donante potrebbe farsi un mezzo di questa nullità, tanto più che è stata creata soprattutto nell'interesse della legittima dei figli, e che per conseguenza non dipenderebbe da lui di coprirla.

Con più forte ragione il donante può dimandare la nullità, quando è restato in possesso, ed opporsi con ciò alla consegna. Non avendo alienato nella forma voluta dalla legge, non è obbligato a spogliarsi (6).

1236. I suoi creditori possono esercitare lo istesso suo dritto; possono sequestrare gli effetti mobili, rimasti in suo potere e donati senza uno stato estimativo valido. Eglino hanno ragione di dire, che questa donazione non può essere loro opposta (7).

1237. Diciamo pure, che i creditori poste-

(1) *Supra*, n. 1041.
(2) Furgole sull'art. 15 dell'ordin. del 1731. Ricard, p. 1, n. 958 e seg.
(3) Fenet, t. XII, p. 373.

(4) Toullier, t. V, n. 180. Durantoa, t. VIII, n. 405.
(5) Furgole sull'art. 15.
(6) Liege 12 pratile anno XII (Devill., t. 2, 197).
(7) Cassaz. 17 maggio 1848 (Devill., 48, 1, 434).

riori alla donazione potrebbero opporre la nullità (1), perciocchè il loro diritto si attiene non nella data del loro titolo, ma nel vizio di quello del donatario.

1238. L'azione di nullità dura forse, soli dieci anni dal giorno del contratto? L'affermativa è stata giudicata da un arresto della corte di Bordeaux dei 26 di gennajo 1841 (2), che ha applicato l'art. 1304 del codice Napoleone.

I motivi di quest'arresto sono, che « secondo « l'articolo 1304 del codice Napoleone in tutti « i casi, in cui l'azione di nullità o di rescis- « sione di una convenzione non è limitata a « minor tempo da una legge particolare, l'azio- « ne dura dieci anni; che questa disposizione è « generale nei suoi termini, e che le nullità di « forma relative agli atti della donazione, non « possono farvi eccezione. »

1239. La forma dello stato stimativo non è necessariamente una forma solenne; può essere sotto forma privata, e quando le parti sanno sottoscrivere, basta che lo stato sia da loro sottoscritto, e cifrato, e che resti annesso alla minuta dell'atto. Solamente quando le parti non sanno sottoscrivere, lo stato deve essere fatto nella forma notarile (3). Il testo del nostro articolo di accordo con l'art. 15 dell'ordinanza del 1731 indica chiaramente, che lo stato estimativo può essere l'opera delle parti, che sanno sottoscrivere.

1240. Il dettaglio dei mobili deve essere accompagnato da un'estimazione non in massa, ma per quanto è possibile articolo per articolo (4). Nulladimeno siccome vi sono delle cose, che hanno un valore maggiore per la loro associazione che per la loro divisione (per esempio una collezione di medaglie) l'estimazione in massa potrebbe in questo caso essere ritenuta come più esatta dell'estimazione articolo per articolo. Notate però, che per stabilire l'identità delle cose donate il dettaglio degli articoli è sempre indispensabile (5).

1241. La pratica ha più volte fatta sorgere una quistione, che non è senza importanza, e che consiste nel sapere, se le parti possono dispensarsi dallo stato estimativo, riportandosi ad uno stato dettagliato ed estimativo di già esistente, e contenuto in un altro atto, come per esempio un inventario anteriore e notarile.

L'affermativa è prevaluta nella giurisprudenza (6). Nonpertanto sembra, che la redazione dello stato estimativo e la sua annessione sieno due cose richieste dal nostro articolo *per modum unius*, come dice Furgole (7). Ma si può rispondere, che l'annesso esiste *per relationem*, dapoichè l'atto contiene in se la designazione necessaria per giungere nel più preciso modo alla conoscenza della consistenza della donazione. D'altronde non bisogna portare all'estremo lo scrupolo delle formalità, e sarebbe mostrarsi troppo severo, se si fosse più severo di quello che l'utilità delle parti esige.

1242. Siccome lo stato descrittivo ed estimativo è quello, che dà della stabilità alla donazione, così dev'essere contemporaneo dell'atto; sarebbe troppo pericoloso di rimetterlo ad un'epoca più o meno lontana, pendente la quale i mobili potrebbero scomparire. D'altronde la donazione mancherebbe di spossessamento attuale, che è necessario alla sua validità (8).

1243. Vediamo ora più da vicino quali sono le donazioni, che si possono propriamente chiamare donazioni di mobili, ed alle quali il nostro articolo è applicabile.

È certo, che le donazioni delle cose, che sono immobili per destinazione, non sono soggette alla formalità dello stato descrittivo (9). Epperò se dono a Pietro la mia tenuta di Coudres, non sarà necessario di aggiungervi uno stato estimativo delle cose che vi sono annesse per rimanervi perpetuamente. Imperocchè queste cose sono immobili per finzione della legge; fanno parte dell'immobile o del fondo, nel quale sono messo, e come esso sono suscettibili d'ipoteche (art. 2118 C. N.) (10).

Ma se questo stato non è necessario pei mobili riputati immobili, può essere utile, quando vi è riserva di usufrutto a fine di constatare più facilmente il valore degli oggetti, che potessero mancare al termine dell'usufrutto.

1244. Quando la donazione consiste in cose incorporali, come rendite, crediti, azioni contro terzi, deve essere accompagnata da uno stato estimativo (11), perciocchè queste cose sono mobili ai termini degli art. 529 e 530 (a) del codice Napoleone. Qui le precauzioni sono moltiplicate; ed in effetti si sa, che secondo l'articolo 1690 (b) del codice Napoleone il donatario per essere impossessato relativamente ai terzi è tenuto di notificare il suo ti-

(1) Amiens, 11 giugno 1814 (Devill., 4, 2, 392).
(2) Devill., 41, 2, 616.
(3) Grenier, n. 170. Furgole sull' art. 15 dell' ordin. del 1731.
(4) Bordeaux 3 giugno 1840 (Dalloz, 40, 2, 198). Cassaz. 17 maggio 1848. Cassazione di un arresto d'Orleans (Devill., 48, 1, 434).
(5) Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. II, p. 80.
(6) Cassaz. 11 luglio 1831 (rigetto) (Dalloz, 31, 1, 225). Limoges, 28 novembre 1826 (Dalloz, 29, 2, 84). *Contra*, Riom, 22 gennaio 1825 (Devill., 8, 2).
(7) Sull' art. 15 dell' ordin. del 1731, p. 138, 139.
(8) Bayle-Mouillard, t. II, p. 81.
(9) Furgole sull' art. 15 dell' ordin. del 1731.
(10) Aix 17 termid. anno XIII (Devill., 2, 2, 80). Angers, 8 aprile 1808 (*Ibid.*, 375). Riom, 22 gennaio 1825 (*Ibid.*, 8, 2, 13).
(11) Furgole, sull' art. 15 dell' ord. del 1731. Ricard, n. 965. Limoges, 28 novembre 1826 (Dalloz, 29, 2, 84) Bordeaux, 6 agosto 1834 (Dalloz, 35, 2, 46. Devill., 35, 2, 61); ed altri della stessa Corte di Bordeaux, con la stessa data de' 6 di agosto 1834 (Dalloz, 35, 2, 33).
(a) Leggi civili, articoli 452 e 453. *Il tradut.*
(b) Art. 1536 delle leggi civili, *Il tradut.*

Digitized by Google

tolo ai debitori delle rendite, crediti, e diritti. Sicchè vi sono due cose distinte; lo stato estimativo e la notificazione; l' una non dispensa dall' altra, e ciascuna provvede a delle necessità speciali. Lo stato estimativo completa la donazione, e rende il titolo perfetto tra il donante ed il donatario per la sicurezza e la stabilità, che comunica all'atto di liberalità. Circa la notificazione ai debitori delle rendite, crediti, e dritti il suo scopo è d' impossessare il donatario per rispetto ai terzi.

1245. Del resto faremo rilevare, che sotto l' impero dell' ordinanza del 1731 la notificazione al debitore bastava per operare la perfezione della donazione, senzachè vi fosse bisogno di uno stato estimativo (1). La ragione di questa giurisprudenza si attingeva nello stesso sistema dell'ordinanza, che voleva lo stato estimativo solamente quando non vi era tradizione reale. Non sarebbe più possibile di così decidere ora, perocchè la tradizione reale, non esclude, che lo stato estimativo sia necessariamente annesso alla donazione per fissarne la consistenza.

1246. Dicevo poc'anzi, essere la notificazione tutta intiera nell' interesse dei terzi e dei debitori, dapoichè relativamente a loro il cessionario è impossessato soltanto dalla notifica della cessione. Ma il donante ed i suoi eredi sono legati dalla sola donazione accompagnata dallo stato estimativo, non ostante la mancanza di notificazione.

Ricard, così sovente in errore, era di avviso che la mancanza di notificazione importasse una nullità assoluta di natura da essere opposta anche dal donante (2). Ma Cochin ha sostenuto con forza l' altra opinione (3), che è migliore, soprattutto dopo il contenuto dell' articolo 1690 (4). È evidente, che la donazione non notificata vien meno, soltanto a riguardo del debitore, che avesse pagato, o dei creditori, che avessero sequestrato.

1247. Nella più parte dei casi avverrà pure, che l' estimazione non sarà necessaria, dapoichè la cifra del credito sarà ordinariamente la indicazione del valore della cosa (5).

Moltopiù, e quale si sia l' utilità dello stato estimativo per sè stesso, la donazione ne viene esonerata, quando ha per oggetto diritti ed azioni, che sebbene certi in sè medesimi, dipendono in quanto alla loro latitudine ed al loro emolumento da una liquidazione ulteriore. Si possono citare per esempio i dritti appartenenti ad una moglie in una comunione non ancora aperta nè liquidata. Non è possibile di determinare anticipatamente ciocchè questi dritti saranno nello scioglimento del matrimonio, le precapienze e le indennità essendo subordinate all' andamento della comunione durante il matrimonio, nè potendo venire precisate, che dalla divisione e dalla liquidazione. Il che è stato giudicato dalla corte di Bordeaux con arresto dei 19 di luglio 1833 in una specie, nella quale la madre aveva fatto donazione a sua figlia dei suoi dritti, delle sue indennità, e precapienze nella comunione; ed è stato deciso, che in simile caso richiedere uno stato estimativo sarebbe richiedere l' impossibile, e che soprattutto la divisione e la liquidazione, di accordo col contratto di matrimonio, erano sufficienti per offrire tutte le garentie di certezza e di stabilità (6).

(1) Fargole, *loc. cit.*, p. 138. Ricard, *loc. cit.*

(2) N. 965.

(3) 81.° consult.

(4) Grenier, t. 2, n. 174.

(5) Boylo-Moaillard *sur Grenier*, n. 173.

(6) Quest' arresto si trova nella Gazzetta de' tribunali del 1 di novembre 1833. Ed eccone il testo:

« Attesochè nell' esigere, che la donazione di effetti mobili fosse accompagnata da uno stato estimativo annesso alla minuta dell' atto, l' art. 948 del Codice Napoleone si è proposto un doppio obbietto: 1. o principalmente rendere la donazione ferma e stabile col fare constare lo specie ed il valore degli oggetti donati: 2. assicurare per mezzo di questa stessa precauzione l' esercizio di tutti i dritti, che potrebbe eventualmente fare sorgere.

« Attesochè in principio questa regola si estende alle donazioni di mobili incorporali come a quelle di mobili corporali; che in effetti non basterebbe, che il donante dichiarasse di donare tutto o parte dello suo azioni o de' suoi crediti, se non indicasse nel tempo stesso i titoli, su' quali riposano, perchè una tale donazione non avrebbe nulla di fisso o di assicurato.

« Ma ch'è diverso secondo la stessa natura delle cose, quando la donazione ha per obietto de' dritti attualmente certi ed invariabili in loro stessi, ma la cui latitudine ed emolumento non possono essere determinati, che per mezzo di una liquidazione ulteriore, come i dritti, che possono appartenere al donante in una comunione od in una successione; che relativamente ai dritti di questa natura sarebbe in molti casi impossibile di unire alla donazione lo stato richiesto dall' art. 948; ma che da una parte non dipende dal donante di diminuirne l' emolumento, e che dall' altra quest' emolumento sarà fissato nell' interesso di tutte le parti dalla liquidazione e divisione, coi si deve ulteriormente procedersi; che ciò basta per garentire di tutti gl'interessi; che richiedere in simile caso uno stato estimativo sarebbe prestare alla legge un rigorismo, che non è nel suo spirito, legare le mani al donante, o comprimere senza utile reale la libera disposizione di questa sorta di beni, il che non ha potuto entrare nel pensiero del legislatore.

« Attesochè l' atto de' 18 di febbraio 1847, contiene donazione della vedova Thibaud alla signora Boahier, sua figlia prima di una certa quantità di mobili, dei quali uno stato estimativo o dettagliato è annesso alla minuta, poi di tutti i suoi dritti risultanti dalle precapienze, indennità, e ricompense sulla comunione o contra suo marito, senzachè veruno stato facesse conoscere l' estensione dei dritti, di cui si tratta; ma che in quanto concerne le precapienze, esse sono stabilite sia dal contratto di matrimonio della donatrice, sia dagli atti di famiglia conosciuti da tutte le parti, ad a' quali è facile di ricorrere; che in quanto alle indennità e ricompense, esse non potevano essere determinate, che dalla liquidazione della comunione, ma che si le une come le altre rimanevano immediatamente acquistate dalla donataria senzachè dipendesse dalla donatrice di combinarne l' emolumento, o senzachè potessero essere occultate al signor Thibaud figlio, sola parte, che abbia o possa avere interesse a conoscerle; che così non

1248. Vi è un'altra riflessione da fare, ed è, che la designazione dei titoli ceduti nella data, nei nomi dei debitori, nella cifra delle somme dovute, è per se stessa, quando la si trova nel corpo stesso della donazione, l'equivalente dello stato descrittivo, e dispensa in simili circostanze da una formalità, che altro non sarebbe, che un doppio atto.

È lo stesso nel seguente caso: Vi dono 15 biglietti di Banco di 1000 franchi, — o 25 azioni della ferrovia d'Orleans. A che servirebbe lo stato? L'enunciazione delle cose non ne tiene pienamente luogo?

1249. Infine per andare più oltre si potrà decidere, come ha fatto la corte di Agen (1), che una donazione di effetti negoziabili senza altra designazione non abbisogna dello stato da allegarsi, quando risulta dalle circostanze, che la donazione versa meno su questi effetti, che sulla somma di denaro, che essi rappresentano, e di cui sono il mezzo di ricuperamento, ed allorchè sopratutto gli effetti sono stati trasmessi al donatario per mezzo della girata (2). Per esempio, vi dono 10, 000 franchi in effetti negoziabili a sei mesi, che giro a vostro ordine, e che voi immediatamente girate all'ordine di un altro a titolo di prestito. Evidentemente ho voluto donarvi sopratutto una somma di denaro, onde voi aveste potuto farla valere immediatamente mercè la negoziazione in parola. D'altronde la girata è un mezzo di trasmessione perfettamente efficace, ind pendentemente dalla donazione, che può soltanto spiegarne la vera causa. È una donazione sotto forma di contratto oneroso (3).

1250. Le donazioni per contratto di matrimonio non sono dispensate dallo stato estimativo. L'art. 947 le dispensa dall'osservanza degli art. 943, 947, ma non dall'osservanza dell'art. 448 (4).

1251. È lo stesso delle donazioni tra coniugi (5). Invano si dirà, esser esse rivocabili, perchè l'irrevocabilità della donazione non è il solo motivo, che abbia fatto introdurre la necessità dello stato estimativo, ma ve ne sono degli altri non meno seri, che non bisogna obliare.

1252. Beninteso però, che queste donazioni non sono soggette allo stato annesso, che quando si riferiscono a dei mobili presenti. Ma se sono donazioni di beni presenti e futuri, l'art. 948 non è applicabile (6); perchè il carattere dominante di queste donazioni è di formare *a priori* un insieme della fortuna del disponente, onde questa massa casca nella mano del donatario tale quale sarà nella morte del donante. Ciò sopratutto, è evidente, se la donazione dei beni presenti e futuri fosse fatta con clausola espresso, che il donatario prenderà i beni nello stato in cui saranno nel giorno, della morte, e pagherà i debiti (7) La ragione di questa eccezione è, che in questa specie di donazioni non si applica la regola « *donare e ritenere non vale* », e che non vi è da considerarsi l'incertezza dei beni, perchè esse hanno un certo carattere, che le approssima alla istituzione contrattuale (8).

1253. Si è sostenuto, l'art. 948 non essere fatto per le donazioni dell'universalità dei mobili presenti (9). Tale opinione non è fondata, e di già Furgole l'aveva proscritta sotto l'ordinanza del 1731. « Queste parole debbono essere intese, egli diceva, sia che la donazione contenga una universalità di mobili, « ovvero dei mobili di una certa specie (10). » La ragione è la stessa per le donazioni di tutti i mobili come per le donazioni dei mobili particolari. Forse non potrebbe il donante distrarre dei mobili, e donare e ritenere? (11)

ARTICOLO 949 — (873).

È permesso al donante di riserbare a suo favore, o di disporre a favore di un altro del godimento o dell'usufrutto de' beni mobili od immobili donati (a).

SOMMARIO

1254 La disposizione dell'art. 949 non ha nulla di contrario alla regola: *Donare e ritenere non vale.*

1255. Il donante può ritenere l'usufrutto per lui o per un terzo.

1256. Il donante, che si è riserbato l'usufrutto non è astretto alla cauzione dell'art. 601.

1257. Sarà tenuto di fare redigere uno stato degl'immobili riserbati in conformità dell'art. 600?

si attentava per alcun verso al principio della irrevocabilità delle donazioni nè a' dritti eventuali, che l'articolo 948 ha voluto proteggere.

« Per questi motivi,

« La Corte mette nel nulla l'appello.

(1) 31 maggio 1837 (Dalloz, 38, 2, 228).

(2) *Sopra*, n° 1057 e 1058.

(3) *Sopra, loc. cit.* Bayle-Mouillard, t. II, p. 85.

(4) *Infra*, n° 2341 a 2444.

(5) Cassaz., 16 luglio 1817. Toullier, t. V, n. 917. Coin-Delisle, n. 12. Grenier, n. 459 *bis*. *Contra*, Duranton, t. VIII, n. 410.

(6) *Infra*, n. 2444.

(7) Riom, 3 dicembre 1825 (Dalloz, 27, 2, 112). Grenier, n. 435.

(8) *Infra*, n. 2434.

(9) Durantou, t. VIII, n. 412.

(10) Sull'art. 15.

(11) Coin-Delisle sull'artic. 948; Marcadé *sur id.* Arresto della Corte di cassaz. do' 16 luglio 1817 (Devill., 5, 1, 348).

(a) Corrisponde all'art. 873 delle leggi civili, cui è uniforme. *Il traduttore.*

COMMENTARIO

1254. Il nostro articolo nel permettere al donanto di riserbarsi l'usufrutto delle coso donate non viola la regola « *donare e ritenere non vale* », percioechè malgrado questa separazione del godimento il dono della proprietà non è meno pieno ed intiero La maggior parte delle consuetudini riguardavano anche come una tradizione finta la riserva dell'usufrutto, perchè colui, che più non gode, se non a titolo di usufrutto, cessa di essere proprietario (1), e che quando il donante usufruttuario ha cessato di vivere, l'usufrutto si consolida con la proprietà.

1255. Il donante non può ritenere l'usufrutto solamente per lui, ma puole ancora ritenerlo per un terzo (2).

1256. L'usufruttuario è obbligato dall'articolo 601 (a) del codice Napoleone di dare cauzione di godere da buon padre di famiglia. Ma risulta dal testo di questo articolo, che questa obbligazione non grava il donante, che si è riserbato l'usufrutto; il che è stato stabilito perchè è probabile, che colui, che si è indotto a donare, non cercherà con degli atti di mala fede di deteriorare nel tempo del suo godimento l'oggetto donato.

1257. Il donante usufruttuario è tenuto a fare redigere uno stato degl'immobili riserbati prima di entrare nel godimento? L'art. 600(b) dice, che l'usufruttuario non può entrare in godimento, che dopo di avere fatto redigere in presenza del proprietario, o questo debitamente citato, un inventario dei mobili ed uno stato degl'immobili soggetti all'usufrutto, e questo articolo non fa eccezione pel donante come l'articolo 601. Epperò credo, che il donatario potrà esigere, che questo stato sia redatto a menochè il donante non se ne fa dispensare dall'atto di donazione.

Articolo 950 — (874).

Quando la donazione di effetti mobiliari sarà stata fatta con riserva di usufrutto, il donatario sarà tenuto al termine dell'usufrutto di prendere gli effetti donati, che si troveranno in natura nello stato, in cui saranno, ed avrà azione contra il donante o i suoi eredi per gli oggetti non esistenti sino alla concorrenza del valore, cho loro sarà stato dato nello stato estimativo (c).

SOMMARIO

1258. L'art. 950 conferma la regola scritta nell'articolo 589.
1259. Il donante usufruttuario sopporta la perdita degli effetti mobiliari, do' quali è stato gravato con lo stato estimativo.
1260. A menochè non provi, essere la cosa perita per forza maggiore.

1258. La prima parte del nostro articolo non fa altro, che confermare il principio scritto nell'art 589 del codice Napoleone; la deteriorazione degli effetti mobili e donati con riserva di usufrutto non dà al donatario il dritto di esigere una indennità.

1259. In quanto alla perdita degli effetti mobili, essa è a conto del donante usufruttuario, che se ne è gravato con lo stato estimativo. Egli deve restituire tutto quello, ch'è portato in questo stato, senzachè possa ritenere quello, che ha donato.

1260. Vi è una sola eccezione, ed è quando la cosa è perita per forza maggiore, e che il donante o i suoi eredi ne somministrano la pruova (3).

Articolo 951 — (875 ed 876).

Il donante potrà stipulare il dritto di riversione degli oggetti donati sia pel caso della premorienza del solo donatario, sia pel caso della premorienza del donatario e de' suoi discendenti.

Questo dritto non potrà essere stipulato, che a favore del solo donatario (d).

(1) Furgole sull'artic. 15 dell'ordinanza del 1731, p. 133. Dumoulin sull'art 161 della *Consuet. di Parigi*. Ferrières sull'art. 275 della *Consuet. di Parigi*, che dice: « Non è donare e ritenere quando si dona la proprietà di un fondo, ritenutosi l'usufrutto a vita od a tempo, o quando vi è clausola di costituto o precario e vale tale donazione. »

(2) Furgole, *loc. cit.*

(a) Articolo 326 delle leggi civili. *Il traduttore.*

(b) Articolo 325 delle leggi civili. *Il traduttore.*

(3) Duranton, t. VIII, n. 470; Coin-Delisle, n 1; Marcadè sull'art. 950.

(c) Uniforme all'art. 874 delle leggi civili. *Il trad.*

(d) Gli artic. 875 ed 876 delle leggi civili sono così concepiti:

« Art. 875. Il donante potrà stipulare la riversione delle cose donate per se o suoi eredi nel caso che il donatario morisse senza prole in qualunque tempo. »

« Art. 876. Il donante potrà stipolare la riversione delle cose donate tanto nel caso, che premuojo il donatario solo, quanto nel caso che premuoiono il donatario ed i suoi discendenti. Tale stipulazione non potrà farsi, che a beneficio del solo donante. »

Il traduttore.

SOMMARIO

COMENTARIO

1261. Il codice Napoleone continua a precisare le conseguenze della regola: *donare e ritenere non vale*, e nell' art. 951 decide, il dritto di ritorno non essere contrario all' irrevocabilità delle donazioni tra vivi. E per vero il donante sebbene è obbligato di preferire il donatario a sè stesso, non è però obbligato di continuare i suoi benefizi agli eredi del donatario (1). Qui il codice Napoleone altro non ha fatto, che conformarsi agli antichi principi ed alla retta ragione, della quale essi sono l'espres« sione: *Si rerum tuarum proprietatem dono « dedisti, ita ut post mortem ejus qui accepit « ad se rediret, donatio valet, cum etiam ad « tempus certum vel incertum ea fieri potest, « lege scilicet quae ei imposita est conser« vanda.* » Così si esprimono gli Imperatori Diocleziano e Massimiano nella legge 2, *C. de donat., quae sub modo* (2).

Questo è quello che si chiama *ritorno convenzionale*, perchè è un' opera della volontà delle parti.

1262. Il ritorno non ha nulla di comune con la sostituzione. Ed in effetti il ritorno ha luogo solamente quando la cosa ritorna al punto, da cui era partita, e rientra nelle mani del suo primo proprietario tale come se non ne fosse mai uscita. Il donatario, quando muore, non è gravato di restituire ad una persona terza gratificata in secondo ordine, ma il donante riprende la cosa sua in virtù della convenzione, quando colui, che aveva voluto gratificarne cessa di potere profittarne.

1263. Questo dritto di ritorno inserito in una donazione, costituendo una clausola risolutoria della donazione a favore del donante, sembra che quest' ultimo possa trasmettere questo dritto ai suoi eredi, anche senza espressa stipulazione; dapoichè lo lascia nella sua successione come i suoi altri dritti e le sue azioni. Inoltre si può credere a primo aspetto, che gli eredi *qui personam defuncti sustinent*, ne sono impossessati immediatamente dopo della sua morte per la massima: *il morto impossessa il vivo*. Sembra pure, che il donante abbia la facoltà di trasmettere questo stesso dritto di ritorno ai suoi eredi, anche quando fosse condizionale per esempio: Dono a Tizio la mia casa Sempronia, e se viene a morire senza figli, la detta casa ritornerà a me donante. Dapoichè se costui venisse a morire prima di Tizio, i suoi successori potrebbero esercitare con fondamento il dritto di ritorno, sostenendo, che il loro autore ha fatto passare sulla loro testa questo stesso dritto, quantunque fosse soggetto ad una condizione; ed in effetti è di principio, che nei contratti, il creditore condizionale morendo prima dell' epoca della condizione, trasmette il suo dritto al suo erede secondo la regola: *qui paciscitur, sibi heredique suo pacisci intelligitur.*

Queste idee attinte nella sorgente stessa del dritto (3), erano accuratamente seguite nella antica giurisprudenza. Vi si decideva, che lo esercizio del dritto di ritorno aveva luogo a favore degli eredi, benchè il donante morisse prima del donatario. Si considerava questa stipulazione col medesimo occhio come tutto

(1) *Supra*, n. 34.
(2) V. Pothier, *Pand.*, t. III, p. 35, n. 2.

(3) Pothier, *Obligat.*, n. 208.

le altre, ed essa valeva per gli eredi del donnnle come per la sua stessa persona (1). Movendo di là, si concepisce facilmente, che il donante poteva validamente stipulare nello antica legislazione il dritto di ritorno per lui e pei suoi eredi; e se non l' avesse detto espressamente, la legge l' avrebbe detto per lui.

1264. In questo ordine d'idee si teneva pure per certo, che non vi era assimilazione da farsi tra il dritto di ritorno, che si prolunga agli eredi, ed una vera sostituzione fedecommessaria. Imperocchè la sostituzione consistendo nel peso di restituire ad un terzo gratificato in secondo ordine, bisogna per lo meno il concorso di tre diverse persone; l' una, che dona, la seconda, che riceve col peso di conservare e restituire, la terza, cho è chiamata a raccorre dopo di questa. Nell' ipotesi che ci occupa, niente di tutto ciò. Due persone solamente prendono parte nella stipulazione, ed una sola è gratificata; gli eredi non sono persone terze; rappresentano il donante, e traggono il loro dritto *ex ipsius persona quam sustinent*. Se raccolgono dopo la morte del donante, non è già come gratificati in secondo ordine, ma come rappresentanti del detto donnnte, e facendo quello, che egli stesso avrebbe fatto, se fosse vivuto.

1265. Quando le sostituzioni furono abolite dalla legge del 1792, non si toccò il dritto di ritorno sia legale, sia convenzionale. L' articolo 74 della legge dei 17 nevoso anno 2 lo mantenne in tutta la sua integrità e con tutti i suoi effetti. Non si credè di potere resistere all' impero di quel ragionamento, che aveva trionfato nell' antico dritto: il dritto di ritorno non può essere assimilato ad una vera sostituzione, quando il donante esercita questo dritto egli stesso; dunque non è neanche una sostituzione, quando è esercitato dai suoi eredi, che sono con lui la stessa persona.

1266 Ma il codice Napolenne più in guardia contro le sostituzioni di quel che lo fossero le legislazioni, che l'avevano preceduto, non si è fermato a queste distinzioni ed a questi principî (2). Per verità ha permesso il dritto di ritorno nel caso, in cui premorendo il donatario, il donante stesso lo eserciterà. Imperocchè in questo caso il più ostile occhio avrebbe forse potuto vedere una sostituzione? Ma l'ha proibito in favore degli eredi, quando il donante premorirà al donatario. Gli è sembrato, che se allora non vi era sostituzione agli occhi delle regole e della legge, vi era sostituzione in quanto agli effetti; che il donatario era nel medesimo caso, che se fosse stato precisamente gravato di conservare e di restituire; che non poteva alienare i beni donati, come lo vedremo più basso sull'articolo seguente; che era obbligato di conservarli immobili ed inerti per trasmetterli non a degli eredi di sua scelta, ma agli eredi del donante, che venivano a spogliarnelo presso a poco come dei sostituiti, di cui rappresentavano l' odiosa parte; che si stabiliva con ciò un nuovo ordine di successione contrario alle successioni legittime, e che presentavano gli stessi inconvenienti delle sostituzioni fedecommessarie. Secondo queste idee il nostro articolo colpito da una analogia nei risultamenti con quello che si era voluto vietare nell' articolo 896, ha limitato il dritto di ritorno al caso, in cui il donante l' eserciterebbe in persona e per conseguenza in cui il donatario premorrebbe. Non vuole, che l' erede possa esercitarlo in sua vece, e d'ora innanzi il patto di ritorno è una stipulazione puramente personale, che non passa all' erede, che è, come diceva il tribuno Jaubert (3), incomunicabile e non trasmessibile. Tale è il senso e l'energia di queste parole: « Questo dritto non po« trà essere stipulato che a favore del solo do« nante (a) ».

1267. Nulladimeno se in contraddizione di questo articolo un donante venisse a stipulare, che la cosa donata ritornerà (nel caso di morte del donatario senza figli) a lui donante o ai suoi eredi, questa disposizione sarà nulla per lo intiero o solamente la clausola di ritorno

(1) Merlin, Repert., v° *Riversione*.
(2) *Sopra*, n. 162.
(3) Fenet, t. XII, p. 600.
(a) Le attuali nostre Leggi civili hanno allargata la facoltà di stipulare il dritto di ritorno, imperciocchè preveggono non solo il caso della premorienza del donatario e de' suoi discendenti al donante, come il Codice Napoleone, ma anche l'altro della morte del donante in qualunque tempo. E mentre rimane fermo il divieto di stipularsi la riversione a favore degli eredi del donante nel caso, in cui si contempla la morte del donatario o de' suoi discendenti, permette di stipularsi tale riversione a favore de' detti eredi ove si contempla la sola morte del donatario senza prole in qualunque tempo. Così la nostra attuale legislazione permette al donante di preferire se stesso a' discendenti del donante ed a' di lui eredi non discendenti, nel che è di accordo col Codice abolito, ma permette ancora allo stesso donante di preferire i propri eredi agli eredi del donatario non discendenti. Per lo che l' esclusione degli eredi del donante dal beneficio del patto della riversione esiste solamente nell' interesso de' discendenti del donatario; se questi esistano, la riversione potrà aver luogo unicamente a favore del donante, ma se mancano, la cosa donata può ritornare per effetto del patto anche agli eredi del donante. I discendenti del donatario escludono gli eredi del donante, ma gli eredi del donante escludono gli eredi del donatario.

Le nostre leggi civili non hanno partecipato a' dubbi del Codice Napoleone sulla somiglianza della riversione a favore degli eredi del donante ed una sostituzione. E per verità la necessità della qualità ereditaria del donante esclude ogni idea di sostituzione. L'ordine delle successioni del donante e del donatario non è punto turbato; ma solamente l' oggetto donato passa da un patrimonio all' altro per effetto di un patto apposto all' originaria trasmessione del dominio nel donatario.

Però basta la sopravvenienza de' figli al donatario, perchè essi trasmettano la cosa donata a' propri eredi in pregiudizio degli eredi del donante, a cui favore erasi stipulata la riversione. *Il traduttore.*

Digitized by Google

agli eredi dovrà essere riputata come non scritta? Questa quistione è controvertita. Nonpertanto non ci pare suscettibile di grandi difficoltà dopo quello, che più sopra abbiamo detto (1).

Il codice ha voluto con l'art. 896, che una sostituzione inserita in un atto di liberalità annullasse la disposizione per lo intiero Questo è un rigore particolare delle sostituzioni ed esorbitante del dritto comune, secondo il quale le condizioni contrarie alle leggi sono considerate negli atti gratuiti come non scritte. Ma con qual dritto si estenderebbe una pena pronunziata contro le sostituzioni a ciò, che non è sostituzione? Senza dubbio si può sostenere con vantaggio, che il dritto di ritorno stipulato a favore degli eredi del donante, si approssima per qualche lato agli effetti delle sostituzioni, ma non si può sostenere senza confondere ciocchè vi è di più distinto, ed oscurare le più chiare idee, che il dritto di ritorno è una sostituzione. Vi sarà sempre tra l'uno e l'altra questa differenza capitale, che nel dritto di ritorno l'erede si presenta come rappresentante del donante ed esercente un dritto,che sarebbe stato necessariamente riversibile in lui, se una disposizione della legge eccezionale non lo ne avesse privato; mentre il sostituito è semplicemente un terzo, che esercita sì poco i dritti del donante, che questo ultimo nel fare una instituzione ed una sostituzione, ha mostrato di non volere conservare veruno di questi dritti, e che voleva abbandonarli tutti. In una parola nel dritto di ritorno stipulato anche a favore degli eredi la cosa donata risale verso la sua sorgente, nella sostituzione se ne allontana; nell'uno è considerata rientrare nella successione del donante, del defunto, come se non ne fosse mai uscita; nell'altra passa in un patrimonio estraneo.

Che cosa importa la rassomiglianza degli effetti tra il dritto di ritorno e la sostituzione? Si giudica forse di una disposizione dai suoi risultamenti? Per esempio la permuta produce degli effetti simili a quelli della vendita, l'una e l'altra fanno passare la cosa permutata o venduta nei beni del nuovo possessore. Ma si è mai pensato di estendere alla permuta quello, che il dritto ha stabilito di particolare intorno alla vendita? Se l'obietto dell'uno e dell'altro contratto è lo stesso, non sono forse i titoli differenti?

Epperò non applichiamo al diritto di ritorno ciocchè è stato fatto soltanto per la sostituzione, soprattutto quando lo possiamo senza ferire la legge e quel che è meglio, conformandoci alle sue disposizioni. « *Ea potius accipienda » est significatio quae vitio caret, praeser- » tim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi « possit* (2) ». L'art. 900 dice, che le condizioni contrarie alle leggi sono riputate non scritte. Se la condizione della riversione agli eredi è imposta in una donazione, bisognerà limitarsi a cancellarla senza toccare alla disposizione principale È una di quelle condizioni, *quae vitiantur et non vitiant* (3).

1268. Abbiamo esaminata la sorte di una disposizione, nella quale il donante avesse stipulato un dritto di ritorno per se ed i suoi eredi. Esaminiamo ora il caso, in cui questo dritto di ritorno fosse stato riserbato per un terzo.

Due ipotesi possono presentarsi; la prima è quella del donante, che stipula il dritto di ritorno a favore di un terzo solo, erede o non erede, e senza parlare di lui donante. Per esempio, io Luisa Blayac dono ad Antonio Royère la mia terra di Tandine, e nel caso che il donatario venisse a morire senza figli, voglio, che la cosa donata ritorni a Francesco Blayac, donatario universale di tutti i beni di Luisa Blayac per contratto di matrimonio stipulato nello stesso giorno.

La corte di Montpellier aveva veduto in questa disposizione un dritto di ritorno. Ma il suo arresto fu cassato a rapporto del signor Chabot il 22 di giugno 1812 (4). La corte di cassazione considerò, essere una vera sostituzione vietata ed essere impossibile di non vedervi altro, che un semplice dritto di ritorno; perocchè il ritorno significa riversione ad un precedente proprietario, e qui Blayac non era stato mai proprietario della terra donata. Luisa Blayac, nutrice della donazione, non stipulava nulla per se; in verun caso la cosa doveva uscire dalle mani di Royère a di lei favore. È da rimarcarsi, che Royère era morto in vita della donatrice, e per conseguenza era tanto più evidente, che il dritto di ritorno non era, che una vana illusione, un vano giro; nel pensiero della donatrice la morte di Royere doveva fare passare la cosa direttamente ad un terzo, nel di cui interesse Royere era gravato di conservare e di restituire. Non si concepiscono gli scrupoli dei Decisionisti su di una decisione così giuridica, la quale si concilia a capello con gli arresti ricordati nel numero precedente.

1269. Il secondo caso ha luogo, quando il donante stipula il dritto di ritorno, non già direttamente ed esclusivamente per un terzo, ma

(1) *Sopra*, n. 166, 167.
(2) L. 19, D., *De legib.*
(3) Cassaz., 22 giugno 1812 (Dalloz, 12, p. 201. Devill., 4, 1, 129). 11 frimaio anno XIV (Dalloz, 12, p. 199. Devill., 2, 1, 187). 17 gennaio 1809 (Dalloz, id. Devill., 3, 1, 8). 20 dicembre 1825 (Dalloz, 26, 1, 92. Devill., 8, 1, 243). 3 giugno 18?3 (Dalloz, 12, 198. Devill., 7, 1, 257). 8 giugno 1836 (Dalloz, 36, 1, 389. Devill., 36, 1, 463). V. pure Merlin, Repert., v° *Dote*, p. 234, n. 4. *Contra*, Grenier, t. 1, n. 4. Merlin, Quistioni di dritto, v° *Sostituzione fedecomm.*, § 4.
(4) Devill., 4, 1, 129. Merlin, Repert., v° *Sostituzione fedecomm*, p. 126, 127.

per lui e per un terzo non erede. Qui si rientra nel caso del dritto di ritorno vero, senza miscuglio di sostituzione (1); è la condizione preveduta dal nostro articolo, e da lui dichiarata non scritta, il perchè non deve produrre effetti legali per lo tutto. Dapoichè il ritorno non è valido secondo il codice Napoleone, che quando è stipulato a favore del solo donante. Ma vi è questa differenza tra questo caso, ed il precedente, che in quello il donante non vi era per nulla nella stipulazione del ritorno, mentre nel caso attuale il ritorno è veramente riserbato; se non che è portato al di là dei suoi limiti legali. Epperò bisogna farvelo rientrare e sbarazzarlo della sua esuberanza. Osservo anche qui, che i decisionisti non hanno bene avvertite queste differenze.

1270. Ora fermiamo il nostro pensiero su di un punto capitale, ed è, che il dritto di ritorno, di cui parla il nostro articolo, e che esso autorizza, perchè non offende la regola *donare e ritenere non vale*, è quello, che dipende dalla premorienza del donatario e dei suoi eredi; codesta condizione della premorienza del donatario o dei suoi eredi è caratteristica del dritto di riversione (a).

Che se il dritto di ritorno fosse subordinato ad un'altra condizione, non sarebbe per questo una contravvenzione all' art. 951 ed alla regola: *donare e ritenere non vale*, imperciocchè le donazioni possono essere condizionali, come l'abbiamo veduto qui sopra più ampiamente.

Così si potrà stipulare, che la cosa donata ritornerà se una tale nave arriva dalle Indie fra sei mesi.

1271. Ma si potrà stipulare, che la cosa donata ritornerà al donante, se risana da una tale malattia, dalla quale è colpito? Il signor Grenier (2) si è pronunziato energicamente per la negativa, pretendendo, essere questa una donazione a causa di morte, proscritta dal sistema del codice Napoleone. Ma questa opinione è erronea (3). O il donante ha voluto fare un deposito, che si converte poi in un legato (4), e come altrove abbiamo dimostrato, questa disposizione è valida.

Ovvero (il che è meno verosimile senza essere impossibile) il donante ha voluto spogliarsi, e trasmettere la proprietà, salvo a rientrarvi egli stesso, verificandosi la condizione, e perchè mai la condizione del ristabilimento del donante sarebbe sospetta? Dessa è una condizione casuale, che non toglie alla donazione veruno dei suoi caratteri essenziali (b).

1272. Bisogna ora occuparsi dell' avveramento della condizione, che dà luogo alla riversione.

E primieramente prima della legge dei 10 di luglio 1854 la morte civile del donatario doveva assimilarsi alla sua morte naturale?

Il maggior numero degli autori si pronunzia per la riversione, assimilando così la morte civile alla morte naturale (5). Nulladimeno la morte civile non è ordinariamente considerata nell' adempimento delle condizioni come equipollente della morte naturale. Ma qui vi è un argomento tratto dall' art. 25 del codice Napoleone, secondo il quale la successione del morto civile si apre a favore degli eredi del pari, che se fosse morto naturalmente. Or è evidente, che se la morte civile non desse luogo alla riversione, avverebbe, che gli eredi del donatario avrebbero la cosa, quantunque il donante avrebbe voluto averla, se il donatario non l' avesse.

Si dirà forse, che secondo l' art. 1982 (c) la morte civile non colpisce le rendite vitalizie? È vero, ma non vi è qui analogia possibile. In materia di rendite vitalizie la durata della vita e non l' affezione decide di tutto; per lo contrario nella specie nostra l' affezione è una delle più potenti considerazioni. Il donante preferisce il donatario a sè stesso, ma preferisce egli gli eredi di questo ultimo? No! E nondimeno col non avere riguardo alla morte civile, si turberebbero questi gradi di affezione, che sono stati la causa impulsiva della donazione.

1273. Ecco un' altra quistione.

Quando il donante ha stipulato il dritto di ritorno nel caso di premorienza del donatario senza figli, l' adozione, che il donatario avesse fatto, non importa ostacolo al ritorno (6). L'adozione non è l' equipollente della nascita, imperocchè il contratto ha inteso solo di parlare della filiazione naturale e non d' una filiazione fittizia, convenzionale, che deriva dalla scelta del donatario; nè potrebbe dipendere

(1) Cassaz., 3 giugno 1823 (Devill., 7, 1, 357). Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. 1, p. 332.

(a) Potendosi presso di noi stipulare la riversione anche per gli eredi del donante, la premorienza del donatario e dei suoi eredi al donante non è una caratteristica del dritto di ritorno. *Il tradut.*

(2) Grenier, t. 1, n. 10. *Contra*. Bayle Mouillard, p. 294, 295.

(3) Dalloz, t. 5. p. 486, n. 14. Delvincourt, t. 2, p. 273.

(4) N. 42 e 1044.

(b) Uno dei caratteri essenziali della donazione è che il donante preferisca il donatario a sè stesso, o nelle donazioni condizionali questa preferenza si verifica tranne il solo caso dell'avveramento della condizione, che fa svanire la donazione. Ma nella specie proposta, se il donante vive, preferisce sè stesso al donatario, e se muore, preferisce il donatario all'erede. Epperò sia che si verifichi oppur no la condizione, il donatario non è mai preferito al donante. *Il traduttore.*

(5) Merlin, Repert. v° *Morte civile* t. XVII, p. 160 — Grenier t. 1, n. 39 — Toullier t. V, n. 291. *Contra* Duranton t. VIII, n. 490.

(c) Art. 1834 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(6) Cassazione 27 giugno 1822 (Dalloz, 1, 311. Devill. 7, 1, 102). Grenier. *Dell'adozione* n. 37. Merlin. Questioni di dritto v° *Adozione* § 6.

Digitized by Google

dal dritto potestativo del donatario di fare svanire un dritto stipulato mercè la donazione ed acquistato dal donante.

E ciò sarebbe vero anche nel caso, in cui il donante in qualità di coniuge avesse consentito alla donazione (1).

1274. Ma che dovrebbe dirsi del riconoscimento di un figlio naturale? B sogna dire, che il riconoscimento di un figlio naturale posteriore alla donazione non fa ostacolo al dritto di ritorno, comechè il fatto potestativo del riconoscimento non potrebbe cambiare per la volontà di uo solo le originarie condizioni del contratto. Il donante ha guardato una filiazione naturale e legittima come atta ad impedire la riversione e non una liliazione illegittima, che forse è per lui un motivo di afflizione (2).

Nè potrebbe essere diversamente, se non quando il riconoscimento fosse anteriore alla donazione, e che inoltre fosse stato conosciuto ed approvato dal donante, di modochè questo ultimo abbia veduto nel figlio un membro della famiglia avente dritto alla sua affezione.

1275. Quando la donazione ha stipulato il dritto di ritorno nel caso, in cui il donatario premorirebbe senza figli, il ritorno diviene impossibile, se il donatario muore prima del donante, lasciando figli, anche quando questi figli venissero a morire in vita del donante(3).

Onde avvenisse diversamente, sarebbe d'uopo, che fosse stato detto nella donazione, che la premorienza del donatario e dei figli del donatario sarebbe la condiziona della riversione.

1276. Il dritto di ritorno non si suppone, perchè non è un naturale della donazione, ma una eccezione al principio della sua irrevocabilità; perciò dave essere stipulato positivamente.

Talvolta si è sostenuto, che il dritto di ritorno è implicitamente contenuto nella donazione in anticipazione d' eredità (4). Ma questa tesi non è sostenibile, a l' anticipazione di eredità dà luogo alla collazione e non alla riversione (5).

1277. Oltre il ritorno convenzionale preveduto dal nostro articolo, vi è il ritorno legale stabilito dall'art. 747 del Codice Napoleone (a). Sortiremmo dal nostro subietto, dandogli più di una semplice menzione.

1278. Gli effetti del dritto di ritorno sono regolati dall' articolo seguente, e noi andiamo ad occuparcene.

ARTICOLO 952 — (877).

L'effetto del dritto di ritorno sarà di risolvero tutto lo alienazioni de'beni donati, e di fare ritornaro questi beni al donante franchi e libori di tutt' i pesi ed ipoteche, salva però l'ipoteca della dote e dolle convenzioni matrimoniali, se gli altri beni del coniugo donatario non bastano, e nel solo caso, in cui la donaziono gli sarà stata fatta con lo stesso contratto di matrimonio, dal quale risultano questi dritti e queste ipoteche (b).

SOMMARIO

1279. La condiziono della promorienza del donatario, alla qual'è sottoposto il dritto di riversione, è una coodizione risolutoria, che prodoce tutti gli effetti di questa specie di coodizioni.

1280. Vi è eccez ooa soltanto nel caso, in coi la donazione essendo stata fatta al marito per contratto di matrimooio, la moglie ha presa ipoteca legale su'beni del marito.

1281. Nulladimono questa ipoteca si escreita solo sussidiariameote su'beni del marito.

1282. In questo caso la discussione noo potrebbe farsi a spese del dooanto.

1283. Il donanto non potrebbe prevalersi cootra la donna maritata dall'aver ella lasciato compiere la purga della sua ipoteca legale.

COMENTARIO

1279 Le spiegazioni, che abbiamo dato sull' articolo, che precede, hanno dimostrato, che la riversiona preveduta dall'art. 951 è sottoposta ad una condizione, quella cioè della premorienza del donatario. Tale condizione non è del numero delle condizioni sospensive, ma è risolutoria. Il nostro articolo le dà lo stesso effetto di tutte le altre condizioni risolutorie, cioè di agire retroattivamente sin al giorno della disposizione, e di fare svanire tutte le ipoteche, i pesi, le alienazioni, che il possessore ha potuto fare od imporre pendente la condizione. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Il donatario gravato della

(1) Medesimo arresto.

(2) Arg. d'uo arresto di Cossaz. de'3 luglio 1832 (Dalloz 32, 1, 293). Toullier t. V, n. 303. Delvincourt, t. II, p. 293.

(3) Grenior t. I, n. 31.

(4) Montpellier, 19 novembre 1830 (Dalloz 31, 2, 60).

(5) Mootpellier, 4 dicembre 1835), Dalloz 37, 2, 5). V. la tavola del sig. A. Dalloz, v. *Ritorno convenzionale* n. 21.

(a) Art. 670 delle Leggi civili. *Il traduttore*.

(b) È uoiforme a quest'articolo l'articolo 877 delle Leggi civili. *Il traduttore*.

condizione del ritorno ha un semplice dritto limitato sulla cosa, il perchè non ha potuto trasmetterla, che con lo stesso peso, nè ipotecarla, che sotto una clausola risolutoria simile a quella, che gli è stata imposta (1). Laonde è chiaro, che quando la condizione si verifica, il donante deve ricevere la cosa così libera, come l'aveva donata (1183 del codice Napoleone (a)) (2).

1280. Un solo caso fa eccezione a questa regola, ed è quando il donante nell'intenzione di favorire un matrimonio, fa una donazione per contratto di matrimonio ad un individuo; si sa, che pel contratto di matrimonio la moglie ha ipoteca legale sui beni del marito per la sicurezza della sua dote e delle convenzioni matrimoniali. Questa ipoteca legale è un favore accordato al matrimonio ed al patrimonio delle mogli. Suppone allora la legge, che il donante associandosi con delle liberalità alle convenzioni matrimoniali, ha voluto fare tutto quello, che era possibile per renderle più facili; che d'altronde preferisce a se stesso lo sposo donatario. Epperò l'art. 952 vuole, che malgrado la clausola, quando l'immobile sarà ritornato, l'ipoteca legale continui ad esistere anche nelle di lui mani (3).

1281. Del resto si vede dal nostro testo, che questa ipoteca della moglie sui beni donati è semplicemente sussidiaria, e che il donante non vi è tenuto, che in quanto i beni del coniuge donatario non bastano.

1282. La discussione non potrebbe farsi a spese del donante; egli non è un obbligato personale, come lo è un fidejussore (4). La precedente discussione non è per lui un beneficio, ma un dritto.

1283. Si è elevata qui la quistione, se spetta alla moglie di sorvegliare la conservazione della sua ipoteca sui beni di suo marito di sorteché, se ne lascia operare la purga, non ha azione contra del donante (argomento dell'articolo 2037 (b)).

Ma coloro, che come i signori Grenier (5), Delvincourt (6), ed altri risolvono questo punto contro della moglie, non fanno attenzione, che nella sua qualità di moglie è fuori del dritto comune, che è sotto la dipendenza di suo marito, vale a dire di quello stesso, col quale il donante ha contribuito ad associarlo, e che questa dipendenza è in parte l'opera sua; che inoltre egli si porrebbe in contraddizione del suo proprio benefizio, s'eccepisse contra la moglie una inazione, della quale è meno responsabile verso di lui, che verso di ogni altro; inazione del resto che la legge spiega per mezzo della superiorità maritale, e per una specie d'impossibilità morale, che è la base di tutto il sistema delle ipoteche legali. Sopra tutto il donante ha potuto vegliare, che una iscrizione fosse presa sui beni del marito (articolo 2194 (c)), e poichè egli era in posizione di conservare l'ipoteca legale sui beni del donatario, non è verosimile, che sia ammesso a prevalersi contra di un creditore, qualo la moglie, dell'inazione di questa (7).

(1) Sopra n. 291.
(a) Art. 1136 delle Leggi civili. *Il traduttore.*
(2) *Quid* della prescrizione del terzo possessore? V. il mio comm. dell'art. 2257.
(3) Furgole non divideva questa opinione, quist. 42 sull'ord. del 1731 n. 57 V. Grenier t. I n. 35.
(5) T. I, n. 37 e Bayle-Mouillard.
(6) Delvincourt t. II, note della pag. 78.

(4) Art. 2033 Cod. Nap. (*). Duranton t. VIII n. 494, e Bayle Mouillard t. I, p. 337.
(b) Art. 1909 delle Leggi civili. *Il traduttore.*
(c) Art. 2094 delle Leggi civili. *Il traduttore.*
(7) Coin-Delisle, n. 4.

(*) Art. 1905 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

FINE DEL VOLUME PRIMO.

201,335

MAG 201677

TAVOLA DELLE MATERIE

CONTENUTE IN QUESTO VOLUME

FINE DELLA TAVOLA.

NOTA — Daremo in fine del 2º volume la correzione degli errori incorsi nella stampa del presente volume.

Napoli 24 ottobre 1855.

CONSIGLIO GENERALE

DI

PUBBLICA ISTRUZIONE.

Vista la dimanda del tipografo Luigi Fusco, il quale ha chiesto di porre a stampa l' opera intitolata: TROPLONG, *Sulle Donazioni e Testamenti.*

Visto il parere del Regio Revisore *Monsignor D. Tommaso Salzano:*

Si permette che la indicata opera si stampi, ma non si pubblichi senza un secondo permesso, che non si darà, se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di aver riconosciuto nel confronto, essere la impressione uniforme all' originale approvato.

Il Consultore di Stato Presidente provvisorio
CAV. CAPOMAZZA.

Il segret. generale
GIUSEPPE PIETROCOLA.

Digitized by Google